

Maahanmuuttoviraston tekninen käännätyspätös : turvapaikanhakijan Suomessa syntyneen lapsen käännättäminen perus- ja ihmis-oikeuksien näkökulmasta

Lapin yliopisto
Oikeustieteiden tiedekunta
Kansainvälinen oikeus
Pro gradu -tutkielma
Ville-Sakari Ervasti
2019

Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Maahanmuuttoviraston tekninen käännytyspäättös : turvapaikanhakijan Suomessa syntyneen lapsen käännättäminen perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta

Tekijä: Ville-Sakari Ervasti

Opetuskokonaisuus ja oppiaine: Kansainvälinen oikeus

Työn laji: Tutkielma x Laudaturtyö__ Lisensiaatintyö__ Kirjallinen työ__

Sivumäärä: XXI + 90

Vuosi: 2019

Tiivistelmä:

Tutkielman tarkoituksena on selvittää turvapaikanhakijan Suomessa syntyneen lapsen käännättämistä lapsen perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Tutkielmassa pyritään osoittamaan, että menettelytapa, jossa Suomessa syntynyt lapsi poistetaan maasta perustuen Maahanmuuttoviraston tekemään tekniseen käännytyspäättökseen, loukkaa lapsen perus- ja ihmisoikeuksia. Tutkielmassa ei oteta kantaa, eikä aseteta kyseenalaiseksi valtion alueellista suvereniteettia ja oikeutta päättää ulkomaalaisen henkilön maasta poistamisesta.

Tutkielman alussa luodaan lyhyt katsaus ulkomaalaisen lapsen asemaan Suomen oikeusjärjestelmässä, luonnehditaan lapsen oikeuksia ja lapsioikeusdiskurssiin liittyviä haasteita. Tämän jälkeen analysoidaan lapsen käännättämistä ja Maahanmuuttoviraston teknistä käännättämistoimenpidettä hallintomenettelyn näkökulmasta sekä selvitetään toimenpiteen hallinto-oikeudellista luonnetta. Lisäksi käännättämistoimenpidettä arvioidaan suhteessa lapsen perusoikeuksiin, erityisesti oikeuteen saada perusteltu päätös.

Lapsen ihmisoikeuksien toteutumista käännättämisessä selvitetään lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen pohjalta (SopS 59–60/1991). Mielenkiinnon kohteena ovat erityisesti lapsen oikeus syrjimättömyyteen (2 artikla) ja lapsen edun ensisijaisuus (3 artikla). Tutkielmassa selvitetään, onko lapsen käännättäminen Maahanmuuttoviraston teknisen käännytyspäättökseen perusteella syrjivää. Lopuksi analysoidaan lapsen etua ja sen merkitystä kansainvälisen suojelun ja maasta poistamisen kontekstissa.

Avainsanat: tekninen käännytyspäättös, käännättäminen, lapsen perus- ja ihmisoikeudet, oikeus perusteltuun päätökseen, lapsen etu, oikeus syrjimättömyyteen

Muita tietoja:

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjastossa käytettäväksi

SISÄLLYS

LÄHTEET	II
LYHENTEET.....	XXI
1. JOHDANTO	1
1.1. AIKAISEMMAT TUTKIMUKSET JA KESKEINEN KIRJALLISUUS	3
1.2. TUTKIMUSKYSYMYKSET JA TAVOITTEET	4
1.3. TUTKIELMAN ALA JA RAJAUKSET	8
1.4. TUTKIMUSAINEISTO JA SEN KÄYTTÖ	10
1.5. TUTKIMUSMETODIT	11
1.5.1. <i>Lainoppi ja tutkijanideologia</i>	11
1.5.2. <i>Tulkintametodit</i>	14
1.5.3. <i>Avoin oikeudellinen systematiikka</i>	15
1.6. TUTKIELMAN RAKENNE	15
2. ULKOMAALAISEN LAPSEN ASEMA	17
2.1. KESKEISET LAPSEN ASEMAA TURVAAVAT OIKEUSLÄHTEET	17
2.1.1. <i>Lapsen oikeuksien sopimus</i>	17
2.1.2. <i>Euroopan ihmisoikeussopimus</i>	19
2.1.3. <i>Ulkomaalainen kansallisessa lainsäädännössä</i>	19
2.2. SUOMESSA SYNTYNEEN LAPSEN KANSALAIKUUDEN MÄÄRÄYTYMINEN	21
2.3. LAPSI OIKEUKSIEN HALTIJANA JA DISKURSSIN KOHTEENA	22
2.4. LAPSEN IHMISOIKEUDET JA NIIDEN PUOLUSTAMISEN HAASTEET	24
2.4.1. <i>Ihmisoikeudet ja oikeusdiskurssi</i>	24
2.4.2. <i>Näkökulma oikeuden luonteeseen</i>	26
2.4.3. <i>Lapsioikeusdiskurssin haasteet</i>	28
3. LAPSEN KÄÄNNYTTÄMINEN.....	30
3.1. KÄÄNNYTTÄMINEN	30
3.2. KÄÄNNYTTÄMISEN KOKONAISHARKINTA	31
3.3. MAAHANMUUTTOVIRASTON TEKNINEN KÄÄNNYTTÄMISTOIMENPIDE.....	34
3.3.1. <i>Käännättämistoimenpide asian vireilletulon näkökulmasta</i>	34
3.3.2. <i>Käännättämistoimenpide hallintopäätöksenä</i>	36
3.4. TEHOKKAAT OIKEUSSUOJAKEINOT JA MAASTA POISTAMISPÄÄTÖS	39
3.5. LAPSEN MAASTA POISTAMISEN MENETTELYLLISIÄ NÄKÖKOHTIA.....	41
4. LAPSEN OIKEUS SYRJIMÄTTÖMYYTEEN	47
4.1. OIKEUS SYRJIMÄTTÖMYYTEEN VAI SYRJIMÄTTÖMYYDEN PERIAATE.....	47
4.2. SYRJIMÄTTÖMYYDEN KOLMIOSAINEN RAKENNE.....	50
4.3. SYRJINNÄNKIELLON EHDOTTOMUUS.....	55
4.4. SYRJINNÄN MÄÄRITELMÄT.....	56
4.5. IKÄ SYRJINNÄN PERUSTEENA	58
4.6. LAPSIIN KOHDISTUVA SYRJINTÄ.....	62
5. LAPSEN ETU	65
5.1. OIKEUS, PERIAATE JA MENETTELYSÄÄNTÖ.....	65
5.2. SISÄLLÖLLISIÄ LÄHTÖKOHTIA JA ARVIOINTIKRITEEREJÄ	69
5.3. KÄÄNNYTTÄMISEN JA KANSAINVÄLISEN SUOJELUN KONTEKSTI	71
5.4. LAPSEN EDUN PUNNINTA KÄÄNNYTTÄMISESSÄ.....	77
5.5. EIT:N TULKINTAKÄYTÄNTÖ	79
5.6. LAPSEN EDUN KRITIIKKI.....	81
5.7. YHTEENVETO	83
6. JOHTOPÄÄTÖKSET	87

Lähteet

Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria : yleisen oikeustieteen oppikirja. Porvoo – Helsinki – Juva 1989.
- Aarnio, Aulis*: Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta. Teoksessa Häyhä, Juha (toim.): Minun metodini. Helsinki 1997, s. 35–56.
- Aarnio, Aulis*: Perhe- ja jäämistöoikeus. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään I. Helsinki 1999, s. 380–450.
- Aarnio, Aulis*: Onko eläimillä oikeuksia? Ajatuksia oikeudesta substanssi ja suhdekäsitteenä. Tieteessä tapahtuu 2/2005, s. 5–10.
- Abramson, Bruce*: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: The Right of Non-Discrimination. Brill 2008.
- Aer, Janne*: Ulkomaalaisoikeuden perusteet. Helsinki 2016.
- Almqvist, Kjerstin – Broberg Anders G*: Mental Health and Social Adjustment in Young Refugee Children 3½ Years After Their Arrival in Sweden. Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry, Vol. 38, No. 6 (1999), s. 723–730.
- Alston, Philip*: The Best Interests Principle: Towards A Reconciliation of Culture and Human Rights. International Journal of Law and the Family 8 (1994), s. 1–25.
- Alston, Philip – Gilmour Walsh, Bridget*: The Best Interest of the Child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values. Innocenti Studies UNICEF 1996.
- Archard, David*: Philosophical Perspectives on Childhood. Teoksessa Fionda, Julia (ed.): Legal Concepts of Childhood. Hart Publishing 2001, s. 43–56.
- Auvinen, Maija*: Huoltoriidat tuomioistuimissa. Sosiaalitoimi selvittäjänä, sovittelijana, asiantuntijana. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 272. Helsinki 2006.
- Besson, Samantha*: The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child. The International Journal of Children's Rights 13 (2005), s. 433–461.

- Besson, Samantha – Kleber, Eleonor*: Article 2 The Right to Non-Discrimination. Teoksessa Tobin, John (ed.): *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*. Oxford University Press 2019, s. 41–72.
- Bierwirth, Christoph*: The Protection of Refugee and Asylum-seeking Children, the Convention on the Rights of the Child and the Work of the Committee on the Rights of the Child. *Refugee Survey Quarterly* Vol. 24, No. 2 (2005), s. 98–114.
- Bhabha, Jacqueline – Young, Wendy*: Not Adults in Miniature: Unaccompanied Child Asylum Seekers and the New U.S. Guidelines. *International Journal of Refugee Law* 11 (1999), s. 84–125.
- Bhabha, Jacqueline*: More Than Their Share of Sorrows: International Migration Law and the Rights of Children. *St. Louis University Public Law Review* 22 (2003), s. 253–274.
- Breen, Claire*: *Age Discrimination and Children's Rights : Ensuring Equality and Acknowledging Difference*. BRILL 2005.
- Brownlie, Ian*: *Principles of Public International Law*. Fourth Edition. Clarendon Press 1990.
- van Bueren, Geraldine*: *The International Law on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers 1995.
- van Bueren, Geraldine*: *Child rights in Europe. Convergence and divergence in judicial protection*. Council of Europe 2007.
- Collins, Tara M.*: A child's right to participate: Implications for international child protection. *The International Journal of Human Rights* Vol. 21, No.1 (2017), s. 14–46.
- Cordero Arce, Matías*: Towards an Emancipatory Discourse of Children's Rights. *International Journal of Children's Rights* 20 (2012), s. 365–421.
- Couzens, Meda*: CRC Dialogues: Does the Committee on the Rights of the Child 'Speak' to the National Courts? Teoksessa Liefwaard, Ton – Sloth-Nielsen, Julia (ed.): *The United Nations Convention on the Rights of the Child : Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*. Brill Nijhoff 2017, s. 103–124.
- Dane, Louise*: Europadomstolen och barnets bästa. *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2/2015, s. 193–224.

- van Dijk, Pieter – van Hoof, G. J. H.*: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 3. edition. Kluwer Law International 1998.
- Doek, Jaap E.*: The Human Rights of Children: An Introduction. Teoksessa Kilkelly, Ursula - Liefwaard Tom (ed.): International Human Rights of Children. International Human Rights. Springer 2018, s. 1–27.
- Donnelly, Jack*: Universal Human Rights in Theory and Practice. Cornell University Press 2013.
- Dworkin, Ronald*: Taking Rights Seriously. Duckworth 1977.
- Eekelaar, John*: The Emergence of Children's Rights. Oxford Journal of Legal Studies Vol. 6, No. 2 (1986), s. 161–182.
- Eekelaar, John*: The Importance of Thinking that Children Have Rights. International journal of Law and the Family Vol. 6, No. 2 (1992), s. 221–235.
- Eekelaar, John*: The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determination. International Journal of Law and the Family 8 (1994), s. 42–61.
- Eekelaar, John*: The Role of the Best Interests Principle in Decisions Affecting Children and Decisions about Children. International Journal of Children's Rights 23 (2015), s. 3–26.
- Eekelaar, John – Tobin, John*: Article 3. The Best Interests of the Child. Teoksessa Tobin, John (ed.): The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary. Oxford University Press 2019, s. 71–107.
- Ervasti, Kaijus*: Laki konflikti, tuomio – Oikeus yhteiskunnallisena ilmiönä. Helsinki 2012.
- Falcks, Simon*: Youth Justice Reform: Redressing Age Discrimination against Children? Youth Justice Vol. 12, No. 1 (2012), s. 19–35.
- Fawcett, J.E.S.*: The Application of the European Convention on Human Rights. Clarendon Press 1987.
- Feinberg, Joel*: Rights, justice, and the bounds of liberty: essays in social philosophy. Princeton University Press 1980.

- Fineman, Martha Albertson*: The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition. Yale Journal of Law and Feminism Vol. 20, No.1 (2008), s. 1–23.
- Flinterman, Kees*: Procedural Safeguards Relating to Expulsion of Aliens. Teoksessa van Dijk, Pieter – van Hoof, G. J. H. – van Rijn, Arjen – Zwaak, Leo (Ed.): Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 5. edition. Kluwer Law International 2018, s. 965–969.
- Fredman, Sandra*: The age of equality. Teoksessa Fredman, Sandra – Spencer, Sarah: Age as an equality issue. Hart 2003.
- Freeman, Michael D. A.*: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3: The Best Interests of the Child. Brill 2007.
- Fortin, Jane*: Children’s Rights and the Developing Law. Third edition. Cambridge University press 2009.
- Foster, Michelle*: International refugee law and socio-economic rights: refuge from deprivation. Cambridge University Press 2007.
- Fuller, Lon L.*: The Morality of Law. Yale University Press 1964.
- de Godzinsky, Virve*: Lapsen etu ja osallisuus tahonvastaisissa huostaanottoasioissa. Teoksessa Hakalehto-Wainio, Suvianna – Nieminen, Liisa (toim.): Lapsioikeus murroksessa. Viro 2013, s. 155–182.
- Goodwin-Gill, Guy S.*: Unaccompanied Refugee Minors, the International Journal of Children's Rights 3 (1995), s. 405–416.
- Goodwin-Gill, Guy S. – McAdam, Jane*: The Refugee in International Law. Third Edition. Oxford University Press 2007.
- Greenman, Kathryn*: A Castle Built on Sand? Article 3 ECHR and the Source of Risk in Non-Refoulement Obligations in International Law. International Journal of Refugee Law Vol. 27, No. 2 (2015), s. 264–296.
- Günther, Klaus*: The Legacies of Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture. Teoksessa Alston, Philip (ed.): The EU and Human Rights. Oxford University Press 1999, s. 117–144.

- Hakalehto, Suvianna*: Johdatus lapsen oikeuksiin lastensuojelussa. Teoksessa Hakalehto, Suvianna – Toivonen, Virve (toim.): Lapsen oikeudet lastensuojelussa. Helsinki 2016, s. 22–57.
- Hakalehto, Suvianna*: ”The Principle is Not Adequately understood” – Lapsen oikeuksien komitean Suomelle antamasta palautteesta. *Oikeus* 4/2017, s. 490–498.
- Hakalehto, Suvianna – Sovela, Katariina*: Lapsen etu ja sen ensisijaisuus ulkomaalaisasioita koskevassa päätöksenteossa. Teoksessa Kallio, Heikki – Kotkas, Toomas – Palander, Jaana (toim.): Ulkomaalaisoikeus. Helsinki 2018, s. 408–449
- Hakalehto-Wainio, Suvianna*: Lapsen oikeudet lapsen oikeuksien sopimuksessa. *Defensor Legis* 4/2011, s. 510–525.
- Hakalehto-Wainio, Suvianna*: Lapsen oikeudet ja lapsen etu lapsen oikeuksien sopimuksessa. Teoksessa Hakalehto-Wainio, Suvianna – Nieminen, Liisa (toim.): Lapsioikeus murroksessa. Viro 2013, s. 17–52.
- Hakapää, Kari*: Uusi kansainvälinen oikeus. 3. uudistettu painos. Helsinki 2010.
- Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeudet. Helsinki 2011. (*Hallberg et al. 2011*)
- Hammarberg, Thomas*: The UN Convention on the Rights of the Child – And How to Make It Work. *Human Rights Quarterly* Vol. 12, No. 1 (1990), s. 97–105.
- Hammarberg, Thomas – Belembaogo, Akila*: Proactive Measured against Discrimination. Teoksessa Petrán, Alfhild – Himes, James: Children’s Rights : Turning principles into practice. UNICEF 2000.
- Hart, H. L. A*: Are There Any Natural Rights? *The Philosophical Review* Vol. 64, No. 2 (1955), s. 175–191.
- Haugli, Trude – Shinkareva, Elena*: The Best Interest of the Child Versus Public Safety Interests: State Interference Into Family Life and Separation of Parents and Children in Connection with Expulsion/Deportation in Norwegian and Russian Law. *International Journal of Law, Policy and the Family* Vol. 26, No. 3 (2012), s. 351–377.
- Helander, Merike*: Utvecklingsbehov i den finländska lagstiftningen om barn. *Nordisk administrativt Tidskrift* Vol. 95, No. 1 (2018), s. 5–15.

- Helin, Markku*: Perusoikeuksilla argumentoinnista. Teoksessa *Kairinen, Martti – Iire, Tero* (toim.): Varallisuus, vakuudet ja velkojat. Juhlajulkaisu Jarmo Tuomisto 1952 – 9/6 – 2012. Turku 2012, s. 9–30.
- Herring, Jonathan*: Family Law. Third edition. Pearson Education 2007.
- Hetemäki, Inka* (toim.): Lapsen oikeuksien sopimuksen käsikirja. UNICEF Suomi. Helsinki 2011.
- Hirvelä, Päivi – Heikkilä, Satu*: Ihmisoikeudet. Käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön. 2. uudistettu painos. Helsinki 2017.
- Hirvonen, Ari*: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17. Helsinki 2011.
- Hodging, Rachel – Newell, Peter*: Implementation handbook for the convention on the rights of the child. Third edition. UNICEF 2007.
- van Hooijdonk, Eveline*: Children's best interest: a discussion of commonly encountered tensions. Teoksessa *Sormunen, Milka* (toim.): The best interests of the child – A dialogue between theory and practice. Euroopan komissio 2016. s. 40–44.
- Josefssons, Jonathan*: Children's Rights to Asylum and the Capability Approach. Ethical perspectives Vol. 23, No. 1 (2016), s. 101–130.
- Kaldal, Anna*: Parallella processer – En rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål. Jure förlag AB 2010.
- Kallio, Heikki – Kotkas, Toomas – Palander, Jaana* (toim.): Ulkomaalaisoikeus. Helsinki 2018.
- Kallio, Heikki*: Maastapoistaminen. Teoksessa: *Kallio, Heikki – Kotkas, Toomas – Palander, Jaana* (toim.): Ulkomaalaisoikeus. Helsinki 2018, s. 449–517.
- Kalverboer, Margrite E. – Zijlstra, A. Elianne – Knorth, E.J.*: The Developmental Consequences for Asylum-Seeking Children Living with the Prospect of Five Years or More of Enforced Return to Their Home Country. European Journal of Migration and Law 11 (2009), s. 41–67.

- Kalverboer, Margrite – Beltman, Daan – van Os, Carla – Zijlstra, A. Elianne*: The Best Interests of the Child in Cases of Migration. Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures. *International Journal of Children's Rights* 25 (2017), s. 114–139.
- Kangas, Urpo*: Minun metodini. Teoksessa Häyhä, Juha (toim.): Minun metodini. Helsinki 1997, s. 90–109.
- Kangas, Urpo*: Perhe- ja perintöoikeuden alkeet. Forum Iuris. Helsinki 2012.
- Khazova, Olga*: Interpreting and applying the best interests of the child: the main challenges. Teoksessa Sormunen, Milka (toim.): The best interests of the child – A dialogue between theory and practice. Euroopan komissio 2016, s. 27–30.
- Knuutila, Reija – Heiskanen, Heta*: Lapsen etu viranomaistoiminnassa: Katsaus eräisiin Maahanmuuttoviraston viimeaikaisiin kielteisiin päätöksiin. *Oikeus* 3/2014, s. 314–321.
- Koskeniemi, Martti*: The Effect of Rights on Political Culture. Teoksessa: *Alston, Philip* (ed.): The EU and Human Rights. Oxford University Press 1999, s. 99–116.
- Kulla, Heikki*: Hallintopäätöksen perustelemisesta. Teoksessa Aarto, Markus – Vartiainen, Markku: Oikeus kansainvälisessä maailmassa. Ilkka Saraviidan juhla-kirja. Helsinki 2008, s. 35–44.
- Kurki, Visa*: Voiko eläin olla oikeussubjekti? *Lakimies* 3/2013, s. 436–458.
- Kurki-Suonio, Kirsti*: Äidin hoivasta yhteishuoltoon : lapsen edun muuttuvat oikeudelliset tulkinnat : oikeusvertaileva tutkimus. Helsinki 1999.
- Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo*: Yleishallinto-oikeus. Tampere 2006.
- Leitzinger, Antero*: Ulkomaalaispolitiikka Suomessa 1812–1972. Helsinki 2008.
- Leviner, Pernilla*: Rättsliga dilemman i socialtjänstens barnskyddsarbete. Jure AB 2011.
- Linnanmäki, Kirsikka*: Lapsen etu huoltoriidan tuomioistuinsovitte-lussa. Lapsioikeutta, sovitte-luteoriaa ja empiriaa yhdistävä tutkimus. Helsinki 2019.

- Lundberg, Anna*: The Best Interests of the Child Principle in Swedish Asylum Cases: The Marginalization of Children's Rights. *Journal of Human Rights Practice* 1 (2011), s. 49–70.
- Mantouvalou, Virginia*: N v UK: No Duty to Rescue the Nearby Needy? *The Modern Law Review* Vol. 72, No. 5 (2009), s. 815–828.
- McAdam, Jane*: *Complementary Protection in International Refugee Law*. Oxford University Press 2007.
- McAdam, Jane*: Seeking Asylum under the Convention on the Rights of the Child: A case for Complementary Protection. *The International Journal of Children's Rights* 14 (2006), s. 251–274.
- Meyer, Anneke*: The moral rhetoric of childhood. *Childhood* Vol. 14, No. 1 (2007), s. 85–104.
- Mustasaari, Sanna*: *Rethinking recognition: Transnational Families and Belonging in Law*. Helsinki 2017.
- Mäenpää, Olli*: *Hallintoprosessioikeus*. Helsinki 2007.
- Mäenpää, Olli*: *Eurooppalainen hallinto-oikeus*. Helsinki 2011. (*Mäenpää 2011a*)
- Mäenpää, Olli*: *Oikeus hyvään hallintoon*. Helsinki 2011. (*Mäenpää 2011b*)
- Mäenpää, Olli*: *Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet*. Helsinki 2016.
- Mäenpää, Olli*: *Yleinen hallinto-oikeus*. Helsinki 2017.
- Mäenpää, Olli*: *Hallinto-oikeus*. Alma Talent Oy 2018. Päivittyvä verkkojulkaisu.
- Niemi, Anne E.*: Tehokkaan oikeussuojan piirteitä. Teoksessa Tuominen, Tiia – Ojanen, Tuomas (toim.): *Avoin, tehokas ja riippumaton*. Olli Mäenpää 60 vuotta. Helsinki 2010, s. 261–271.
- Niemivuo, Matti – Keravuori-Rusanen, Marietta – Kuusikko, Kirsi*: *Hallintolaki*. 2. uudistettu laitos. Helsinki 2010.
- Noll, Gregor*: *Negotiating Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*. Martinus Nijhoff Publishers 2000.

- Nowak, Manfred*: U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. N. P. Engel, Publisher 1993.
- Nykänen, Eeva*: Fragmented State Power and Forced Migration : A Study on Non-State Actors in Refugee Law. Brill 2012.
- O'Neill, Onora*: Children's Rights and Children's Lives. Teoksessa Alston, Philip – Parker, Stephen – Seymour, John (ed.): Children, Rights and the Law. Clarendon Press 1992, s. 24–42.
- Op de Beeck, Hanne – Herbots, Katrien – Lembrechts, Sara – Willems, Nele*: Children's best interests between theory & practice. A study of the Children's Rights Knowledge Centre Commissioned by the Division for Youth of the Flemish Government. Children's Rights Knowledge Centre 2014.
- Opsahl, Torkel*: The Right to Life. Teoksessa Macdonald, R. St. J. – Matscher, F. – Petzold, H. (ed.): The European System for the Protection of Human Rights. Martinus Nijhoff Publishers 1993, s. 207–223.
- van Os, Carla - Kalverboer, Margrite E. – Zijlstra, A. Elianne – Post, W.J – Knorth, E.J.*: Knowledge of the Unknown Child: A Systematic Review of the Elements of the Best Interests of the Child Assessment for Recently Arrived Refugee Children. Clinical Child and Family Psychology Review 19 (2016), s. 185–203. (*van Os et al. 2016*).
- Ottoson, Lisa*: Utan given hemvist: Barnperspektiv i den svenska asylprocessen. Teoksessa Asplund, André – Thalberg, Sara – Tovatt, Caroline (redaktörer): Barn och migration. Delmi avhandlingsnytt: 2018:6. Elanders Sverige AB 2018, s. 13–24.
- Pajulammi, Henna*: Lapsi, oikeus ja osallisuus. Helsinki 2014.
- Palander, Jaana*: Ulkomaalaisoikeuden sääntelyjärjestelmä. Teoksessa Kallio, Heikki – Kotkas, Toomas – Palander, Jaana (toim.): Ulkomaalaisoikeus. Helsinki 2018, s. 1–39.
- Parker, Stephen*: The Best Interests of the Child – Principles and Problems. International Journal of Law and the Family 8 (1994), s. 26–41.
- Parsons, Annika*: Lapsen edun toteutuminen turvapaikanhakija- ja pakolaislapsia koskevissa päätöksissä. Vähemmistövaltuutettu, Julkaisusarja 6. Helsinki 2010.

- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti*: Euroopan ihmisoikeussopimus. Kuudes uudistettu painos. Helsinki 2018. (*Pellonpää et al. 2018*)
- Pirjola, Jari*: Dark and bright sides of human rights : towards pragmatic evaluation. Helsinki 2013.
- Pobjoy, Jason M.*: A child rights framework for assessing the status of refugee children. Teoksessa: *Satvinder, Singh Juss – Colin, Harvey*: Contemporary Issues in Refugee Law. Edward Elgar 2013, s. 91–137.
- Pobjoy, Jason M.*: The child in international refugee law. Cambridge University Press 2017.
- Pobjoy, Jason M.*: Article 22. Refugee Children. Teoksessa Tobin, John (ed.): The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary. Oxford University Press 2019, s. 818–855.
- Pöyhönen, Juha*: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja No: 179. Vammala 1988.
- Reece, Helen*: The Paramountcy Principle. Consensus or Construct? Current Legal Problems Vol. 49, No. 1 (1996), s. 267–304.
- Sandberg, Kirsten*: The Role of National Courts in Promoting Children's Rights : The Case of Norway. The International Journal of Children's Rights 22 (2014), s. 1–20.
- Sandberg, Kirsten*: The Convention on the Rights of the Child and the Vulnerability of Children. Nordic Law Journal of International Law 84 (2015), s. 221–247.
- Schiratzki, Johanna*: The Best Interests of the Child in the Swedish Aliens Act. International Journal of Law, Policy and the Family 14 (2000), s. 206–225.
- Schiratzki, Johanna*: Barnrättens grunder. Sjunde upplagan. Studentlitteratur 2019.
- Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tieteenteoria. Vammala 2003.
- Singer, Anna*: Barnets bästa. Om barns rättsliga ställning i familj och samhälle. Sjunde upplagan. Nordstedts Juridik 2019.
- Snell, Susanna*: Hannah Arendt ja oikeuden poliittinen perusta. Teoksessa Tontti, Jaakko – Mäkelä, Kaisa (toim.): Filosofien oikeus 2. Saarijärvi 2001, s. 147–160.

- Sormunen, Milka*: ‘In All Actions Concerning Children’? Best Interests of the Child in the Case Law of the Supreme Administrative Court of Finland. *The International Journal of Children’s Rights* 24 (2016), s. 155–184.
- Sormunen, Milka*: Ulkomaalaislain muutokset lasten perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. *Lakimies* 3–4/2017, s. 387–408.
- Staffans, Ida*: Evidence in European asylum procedures. Martinus Nijhoff Publishers 2012.
- Stalford, Helen*: Children and the European Union – Rights Welfare and Accountability. Hart Publishing 2012.
- Syrjänen, Jussi*: Oikeudellisen ratkaisun perusteista. Helsinki 2008.
- Tarvainen, Laura – Hautala Sanna*: Paperittomuuteen pakotetut. *Oikeus* 4/2018, s. 338–357.
- Thorburn Stern, Rebecca*: Unaccompanied and Separated Asylum-seeking Minors: Implementing a Right-based Approach in the Asylum Process. Teoksessa Mahmoudi, Said – Leviner, Pernilla (ed.): *Child-friendly Justice. Stockholm Studies in Child Law and Children’s Rights*. Brill Nijhoff 2015, s. 242–255.
- Tobin, John*: Judging the Judges: Are They Adopting the Rights Approach in Matters Involving Children. *Melbourne Law Review* 33 (2009), s. 579–625.
- Tobin, John*: The Right to Health in International Law. Oxford Scholarship Online 2012.
- Tobin, John*: Justifying Children’s Rights. *International Journal of Children’s Rights* 21 (2013), s. 395–441.
- Tobin, John – Hobbs, Harry*: Article 37 Protection against Torture, Capital Punishment, and Arbitrary Deprivation of Liberty. Teoksessa Tobin, John (ed.): *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*. Oxford University Press 2019, s. 1420–1502.
- Toivanen, Virve*: Lapsen oikeudet ja oikeusturva : lastensuojeluasiat hallintotuomioistuimissa. Helsinki 2017.
- Tontti, Jaakko*: Hans-Georg Gadamer – oikeus, traditio ja tulkinta. Teoksessa Tontti, Jaakko – Mäkelä, Kaisa (toim.): *Filosofien oikeus 2*. Saarijärvi 2001, s. 219–238.

- Tuitt, Patricia*: The State, the family and the child refugee. Teoksessa Fottrell, Deirdre (ed.): Revisiting Children's Rights. 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child. Kluwer Law International 2000, s. 149–155.
- Tuori, Kaarlo*: Kriittinen oikeuspositivismi. Vantaa 2000.
- Tuori, Kaarlo*: Oikeuden ratio ja voluntas. Vantaa 2007.
- Vierdag, E. W*: The Concept of Discrimination in International Law. Martinus Nijhoff 1973.
- Zermatten, Jean*: Best Interest of the Child Principle: Literal Analysis and Function. International Journal of Children's Rights 18 (2010), s. 483–499.
- Zermatten, Jean*: Best Interest of the Child. Teoksessa Mahmoudi, Said – Leviner, Pernilla (ed.): Child-friendly Justice. Stockholm Studies in Child Law and Children's Rights. Brill Nijhoff 2015, s. 30–46.
- Ziemele, Ineta*: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 7 : The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents. Brill 2007.

VIRALLISLÄHTEET

Kansainväliset sopimukset

- Euroopan ihmisoikeussopimus (Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi), SopS 63/1999.
- Euroopan unionin perusoikeuskirja.
- International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990).
- Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus, SopS 8/1976.
- Kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastainen yleissopimus, SopS 60/1989.
- Lapsen oikeuksia koskeva yleissopimus, SopS 59–60/1991.

Lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen valinnainen pöytäkirja osallistumisesta aseellisiin selkkauksiin, SopS 30–31/2002.

Lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen valinnainen pöytäkirja lasten myynnistä, lapsiprostituutiosta ja lapsipornografiasta, SopS 41/2012.

Lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen valinnainen pöytäkirja valitusmenettelyistä, SopS 5/2016.

Pakolaisten oikeusasemaa koskeva yleissopimus, SopS 77/1968.

Pakolaisten oikeusasemaa koskeva pöytäkirja, SopS 78/1969.

Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus, SopS 6/1976.

Valtiosopimusoikeutta koskeva Wienin yleissopimus, SopS 33/1980.

Vammaisten henkilöiden oikeuksista annettu yleissopimus, SopS 27/2016.

Hallituksen esitykset

HaVM 4/2004 vp: Hallintovaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä ulkomaalaislaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 309/1993 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 50/1998 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta.

HE 72/2002 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.

HE 28/2003 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle ulkomaalaislaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 252/2006 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle lastensuojelulaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 134/2013 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi ulkomaalaislain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

HE 2/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta.

HE 32/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi ulkomaalaislain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

HE 29/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

PeVL 10/2006 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi järjestyksenvalvojista annetun lain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

PeVL 40/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä kilpailulaiksi.

PeVL 10/2012 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle biopankkilaiksi sekä laeiksi ihmisen elimien, kudoksien ja solujen lääketieteellisestä käytöstä annetun lain ja potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain muuttamiseksi.

Prop. 1996/97:25. Sveriges Riksdag: Regeringens Proposition 1996/97:25: Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv.

Prop. 2015/16:174. Sveriges Riksdag: Regeringens Proposition 2015/16:174: Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

YK:n ihmisoikeuskomitea

General Comment No. 18. Non-discrimination. Thirty-seventh session 1989.

A/HRC/15/29. Study of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on challenges and best practices in the implementation of the international framework for the protection of the rights of the child in the context of migration. Fifteenth session 2010.

YK:n lapsen oikeuksien komitea

A/AC.96/965/Add.1. Declaration of state parties, executive committee of the high commissioner's programme – Agenda for protection, 26 June 2002.

CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22. Joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and

No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration.

CRC Report of the 2012 Day of General Discussion: The Rights of All Children in the Context of International Migration.

CRC/C/15/Add.245. Consideration of reports submitted by states parties under article 44 of the convention: Concluding observations: Equatorial Guinea. 2004.

CRC/C/GC/12. General Comment No. 12 (2009) – The right of the child to be heard.

CRC/C/GC/13. General Comment No. 13 (2011) – The right of the child to freedom from all forms of violence.

CRC/C/GC/14. General comment No. 14 (2013) – on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1).

CRC/C/GC/7. General Comment No. 7 (2005) – Implementing child rights in early childhood.

CRC/C/ISR/CO/2–4. Concluding observations on the second to fourth periodic reports of Israel, adopted by the Committee at its sixty-third session. 2013.

CRC/C/ITA/CO/3–4. Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention Concluding observations: Italy. 2011.

CRC/GC/2003/5. General Comment No. 5 (2003) – General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6).

CRC/GC/2005/6. General Comment No. 6 (2005) – Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin.

CRCC/4 Rev. 4. Provisional rules of procedure adopted by the Committee at its 22nd meeting (first session) and revised by the Committee at its thirty-third, fifty-fifth, sixty-second and sixty-seventh sessions, respectively. 2015.

Norway CRC/C/15/Add.263. Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 44 of the Convention. Concluding Observations: Norway. 2005.

Report of the Committee on the Rights of the Child: A/57/41. General Assembly. Official Records. Fifty-seventh Session Supplement No. 41. 2002.

Maahanmuuttovirasto

Maahanmuuttovirasto 2013: Lapsen asian käsittely ja päätöksenteko Maahanmuuttovirastossa. MIGDno/2013/1037.

Maahanmuuttovirasto 2019: Maastapoistamisohje. MIGDno/2019/833.

UNICEF

UNICEF 2018: Protected on Paper? An analysis of Nordic country responses to asylum-seeking children. UNICEF 2018.

UNHCR

UNHCR 2008. UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child.

OIKEUSTAPAUKSET

Eduskunnan oikeusasiamies

EOAK/5948/2016

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Abdolkhani ja Karimnia v. Turkki, 30471/08, 1.3.2010.

Assenov ja muut. v. Bulgaria, 90/1997874/1086, 28.10.1998.

Berisha v. Sveitsi, 948/12, 20.1.2014.

D v. Yhdistyneet Kuningaskunnat, 30240/96, 2.5.1997.

García Ruiz v. Espanja, 30544/96, 21.1.1999.

Gebremedhin v. Ranska, 25389/05, 26.7.2007.

Čonka v. Belgia, 51564/99, 5.5.2002.

Haase v. Saksa, 11057/02, 8.2004.

Hirvisaari v. Suomi, 49684/99, 27.8.2001.

Hokkanen v. Suomi, 19823/92, 23.9.1994.

Horváth ja Kiss v. Unkari, 11146/11, 29.1.2013.

I.A.A. ym. v. Yhdistyneet Kuningaskunnat, 25960/13, 31.3.2016.

Jeunesse v. Alankomaat, 12738/10, 4.8.2014.

Josef v. Belgia, 70055/10, 27.2.2014.

Kosmopoulou v. Kreikka, 60457/00, 5.5.2004.

Maaouia v. Ranska, 39652/98, 5.10.2000.

Maumousseau v. Ranska, 39388/05, 6.12.2007.

Neulinger ja Shruk v. Sveitsi, 41615/07, 6.7.2010.

N v. Yhdistyneet Kuningaskunnat, 26565/05, 27.5.2008.

Paposhvili v. Belgia, 41738/10, 13.12.2016.

S.J. v. Belgia, 70055/10, 19.3.2015.

Soering v. Yhdistyneet Kuningaskunnat, 14038/88, 7.6.1989.

Tuqubabo-Tekle ja muut v. Alankomaat, 60665/00, 1.12.2005.

Euroopan unionin tuomioistuin

EUT C-402/05: Yhdistetyt asiat C-402/05 P ja C-415/05 P, 3.11.2008.

Ihmisoikeuskomitea

Hendrick Winata ja So Lan Li v. Australia, Communication No. 30/2000, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/930/2000. 2001.

Joseph Kindler v. Kanada. Forty-Eighth Session 30.7.1993.

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2003:73

KHO 2004:4

KHO 6.3.2009/538

KHO 2016:12

KHO 2018:141

KHO 2019:22

Korkein oikeus

KKO 2019:50

Oikeuskansleri

OKV/59/1/2013

The Court of Appeal of UK

Re S (Minors) (Access; Religious Upbringing) [1992] 2 FLR 313.

The Supreme Court of UK

ZH (Tanzania) (FC) v Secretary of State for the Home Department, 1.2.2011.

MUUT

Internetlähteet

Euroopan komissio. Common European Asylum System. Osoitteessa: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum_en. Luettu 4.6.2019

Maahanmuuttovirasto. Osoitteessa: <https://migri.fi>. Luettu 1.8.2019

Maahanmuuttoviraston tilastot päätöksistä. Osoitteessa: <http://tilastot.migri.fi/>. Luettu 1.8.2019.

Helsingin hallinto-oikeus. Helsingin hallinto-oikeuden tilastoja. Julkaistu 10.7.2019. Osoitteessa: <https://oikeus.fi/hallintooikeudet/helsinginhallinto-oikeus/fi/index/tilastot.html>. Luettu 1.8.2019.

Pakolaisneuvonta Ry 2015. Lapsen edun argumentointi tuomioistuinten turvapaikkapäätöksissä 2014. Julkaistu 2.1.2015. Osoitteessa: <https://www.pakolaisneuvonta.fi/wp-content/uploads/LapsenetuTP160315.pdf>. Luettu 4.6.2019.

Poliisi 2018: Poliisin rooli palautusasioissa. Tilannekatsaus, ilmiöt, valtakunnalliset tilastot sekä arvio toiminnan laajuudesta lähivuosina. Julkaistu 28.3.2018. Osoitteessa: https://www.poliisi.fi/instancedata/prime_product_julkaisu/intermin/embeds/polisenax-wwwstructure/69379_Mediatilaisuus_palautuslennoista.pdf?4bb41cac4a99d588. Luettu 25.7.2019.

Yhdistyneiden Kansakuntien sopimuskokoelma. Osoitteessa: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en. Luettu 4.6.2019.

Lyhenteet

BIC	Best Interest of Child
CEAS	Common European Asylum System
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
FGC	Female genital cutting
FGM	Female genital mutilation
HL	Hallintolaki
HLL	Hallintolainkäyttölaki
KansalaisuusL	Kansalaisuuslaki
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
KP-sopimus	Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimus
LSL	Lastensuojelulaki
LOS	Lasten oikeuksia koskeva yleissopimus
LOK	Lasten oikeuksien komitea
PL	Perustuslaki
SopS	Sopimussarja
TSS-sopimus	Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva yleissopimus
UlkomL	Ulkomaalaislaki
UMA	Ulkomaalaisasioiden järjestelmä
UNHCR	Yhdistyneiden kansakuntien pakolaisasian valtuutetun toimisto
UNICEF	Yhdistyneiden kansakuntien lasten rahasto
YK	Yhdistyneet kansakunnat

1. JOHDANTO

Kesällä 2018 eduskunnan apulaisoikeusasiamies otti kantaa kysymykseen, tuleeko Maahanmuuttoviraston tehdä turvapaikanhakijan vauvaikäiselle lapselle erillinen käännättämispäätös silloin, jos lapsi on syntynyt vanhemmille annetun käännättämispäätöksen jälkeen.¹ Apulaisoikeusasiamies halusi ratkaisullaan kiinnittää Maahanmuuttoviraston huomiota tuolloiseen käytäntöön, jonka mukaan kyseisessä tilanteessa lapselle tehdään ”tekninen käännätyspäätös” -niminen toimenpide ulkomaalaisasioiden käsittelyjärjestelmään (UMA). Maahanmuuttoviraston toimintatapa oli perustunut korkeimman hallinto-oikeuden vuonna 2003 antamaan ratkaisuun, jossa todettiin, ettei ”käännättämisestä päättävällä viranomaisella ole lakiin perustuvaa velvoitetta viran puolesta [kurs. tässä] erikseen tehdä hänen [lapsen] osaltaan käännättämispäätöstä”².

Pian apulaisoikeusasiamiehen ratkaisun jälkeen, syksyllä 2018 KHO julkaisi kysymystä sivuavan uuden vuosikirjaratkaisun. Tuossa ratkaisussa KHO vahvisti vuonna 2003 tehdyn linjauksen olevan edelleen vakiintunutta oikeuskäytäntöä. KHO:n mukaan lapselle ei siis tarvitse tehdä erillistä käännättämispäätöstä. Maahanmuuttoviraston päätöksen jälkeen syntynyt lapsi voidaan ottaa huomioon vanhempien käännätysharkinnassa, mikäli käännättämispäätökseen haetaan muutosta ja vanhemmat vetoavat lapsen syntymän edellyttävän uutta käännätysharkintaa.³

Vuosina 2015–2017 Maahanmuuttovirasto on tehnyt noin 1400–1600 käännättämispäätöstä vuosittain. Näistä alle 13-vuotiaita lapsia koskevia päätöksiä on noin 100–130 vuodessa ja niistä lapsen kannalta kielteisiä päätöksiä on noin 80 %.⁴ Maahanmuuttovirastossa ensimmäisen turvapaikkahakemuksen keskimääräinen käsittelyaika on tällä hetkellä noin 6 kuukautta,⁵ ja Helsingin hallinto-oikeudessa turvapaikka-asioissa keskimääräinen käsittelyaika 1.1. –30.6.2019 välisenä aikana oli 11 kuukautta.⁶ Onkin todennäköistä, että pitkien käsitte-

¹ EOAK/5948/2016.

² KHO 2003:73.

³ KHO 2018:141.

⁴ Maahanmuuttoviraston tilastot.

⁵ Maahanmuuttovirasto.

⁶ Helsingin hallinto-oikeus.

lyaikojen vuoksi turvapaikkaprosessin aikana turvapaikkaa hakeville vanhemmille voi syntyä lapsi(a) heidän Suomessa oleskelun aikana. Maahanmuuttovirasto tai muu vastaava taho ei tietävästi tilastoi turvapaikkaprosessin aikana Suomessa syntyvien lasten määrää.

Tutkielman aihe ja tutkimusintressi syntyivät kesän 2018 aikana apulaisoikeusasiamiehen ratkaisun jälkeen. Tuolloin oli epäselvää, millaiseksi Maahanmuuttoviraston käytäntö muodostuisi. Syksyllä saadun tiedon mukaan Maahanmuuttovirasto päivitti maastapoistamisohjettaan, mikä oli työn alla vielä huhtikuussa 2019.⁷ Tutkielmaa on työstetty syksyn 2018 aikana ja keväällä 2019. Valmiin tutkielman viimeistelyvaiheessa kesällä 2019 Maahanmuuttovirasto julkaisi uuden maastapoistamisohjeen.⁸ Tuossa ohjeessa Maahanmuuttovirasto on ottanut huomioon mainitut apulaisoikeusasiamiehen ratkaisun sekä korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut. Uusi käytäntö on, että huoltajan lainvoimaisen maasta poistamispäätöksen jälkeen syntyneelle lapselle Maahanmuuttovirasto tekee joko omasta aloitteestaan tai poliisin esityksestä myös lapselle maasta poistamispäätöksen.⁹ Tutkielmassa on itenäisesti päädytty samaan johtopäätökseen, jonka mukaan lapselle tehtävä erillinen käännättämispäätös turvaa lapsen perus- ja ihmisoikeudet parhaiten.

Juuri julkaistun maastapoistamisohjeen vuoksi, aiheen ajankohtaisuutta onkin enää tässä vaiheessa vaikea perustella. Tutkielman tarkoituksena oli tutkia vastasyntyneen lapsen käännättämismenettelyä erityisesti lapsen perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta, kun oli vielä epäselvää, millainen Maahanmuuttoviraston käytäntö tulisi olemaan. Ennen Maahanmuuttoviraston julkaisemaa uutta maastapoistamisohjetta oli siis epävarmaa, millaiseksi uusi käytäntö muodostuu, sillä lainsäädäntö ei anna tilanteeseen suoraa vastausta ja apulaisoikeusasiamiehen ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisutkin sisälsivät keskenään ristiriitaisia kannanottoja. Niinpä tutkimuskysymykset on muotoiltu näistä lähtökohdista, eikä tutkimuskysymyksiä, -metodeita tai -näkökulmaa ole muutettu enää maastapoistamisohjeen julkaisemisen jälkeen. Tutkielman sisältö, rakenne ja johtopäätökset ovatkin pysyneet siten lähes muuttumattomana maastapoistamisohjeen julkaisemisesta huolimatta lukuun ottamatta muutamia pienempiä sisällöllisiä korjauksia ja viittauksia uuteen ohjeeseen.

⁷ Epävirallinen sähköpostikeskustelu Maahanmuuttoviraston edustajan kanssa.

⁸ *Maahanmuuttovirasto 2019*.

⁹ *Ibid.* s. 41 ss.

1.1. Aikaisemmat tutkimukset ja keskeinen kirjallisuus

Ulkomaalaisen lapsen käännättämisestä ei ole löydettävissä aiempaa kotimaista tutkimuskirjallisuutta. Ulkomaalaisoikeuden alaan kuuluvia tutkimuksia on viime vuosina julkaistu jonkin verran. Viimeisimmissä ulkomaalaisoikeuden väitöstutkimuksissa on muun muassa tutkittu ihmisoikeuksia ja non-refoulement -kieltoa¹⁰ sekä todisteita turvapaikkaprosessissa¹¹. Näiden ohella viime vuosina ulkomaalaisoikeuden alalla on julkaistu muitakin väitöstutkimuksia, joiden aihepiiri ei liity tähän tutkielmaan kovin läheisesti.¹² Oikeuskirjallisuudessa ulkomaalaisoikeudesta on yleisesti ottaen kirjoitettu verrattain vähän, mutta viime vuosina aihe on noussut ajankohtaiseksi ja ulkomaalaisoikeudesta on julkaistu kaksi suomenkielistä perusteosta.¹³

Lapsioikeuden alaan liittyviä tutkimuksia ja kirjallisuutta on paljon ja niistä nostan esille vain muutamia tutkielman aiheen kannalta keskeisimpiä. Lapsioikeuden yksi keskeisimmistä tutkimuksista on *Kurki-Suonion* tutkimus lapsen edun käsitteestä eri oikeuskulttuureissa.¹⁴ *Pajulammi* on tutkinut väitöskirjassaan lapsen oikeutta osallistua ja *Toivonen* puolestaan kirjoittanut lapsen oikeusturvasta tuomioistuimissa.¹⁵ Alkukesällä 2019 julkaistu *Linnanmäen* tuore väitöstutkimus käsittelee lapsen etua huoltoriidan tuomioistuinsovitte-
lussa.¹⁶ Ulkomaisesta kirjallisuudesta ovat mainitsemisen arvoisia *Freemanin* kommentaari lapsen edusta ja *Eekelaarin* useat artikkelit, joissa on analysoitu lapsen edun käsitettä.¹⁷

Myös lapsi oikeutta ja ulkomaalaisoikeutta yhdistäviä suppeampia tutkimuksia ja selvityksiä on tehty. Vähemmistövaltuutettu on julkaissut selvityksen lapsen edun toteutumisesta turvapaikanhakija- ja pakolaislapsia koskevissa päätöksissä.¹⁸ *Pakolaisneuvonta Ry* on selvittänyt

¹⁰ Pirjola 2013.

¹¹ Staffans 2012.

¹² Ks. esim. Nykänen 2012 ja Mustasaari 2017.

¹³ Ks. Aer 2016; Kallio – Kootkas – Palander 2018.

¹⁴ Kurki-Suonio 1999.

¹⁵ Pajulammi 2014; Toivanen 2017.

¹⁶ Linnanmäki 2019.

¹⁷ Freeman 2007. Ks. esim. Eekelaar 1986; Eekelaar 1994; Eekelaar 2015.

¹⁸ Parsons 2010.

lapsen edun argumentointia lapsia koskevissa turvapaikkapäätöksissä ja *Sormunen* on puolestaan artikkelissaan arvioinut ulkomaalaislain muutoksia lapsen ihmis- ja perusoikeuksien näkökulmasta.¹⁹

Kansainvälisessä oikeuskirjallisuudessa on lapsen oikeuksien yleissopimuksen (SopS 59-60/1991) voimaantulon jälkeen kirjoitettu lapsen oikeuksista runsaasti. Kirjallisuudessa tutkittu lapsen etua, lapsen syrjimättömyyttä kuin lapsen oikeuksia ja lapsen oikeuksien sopimusta laajemminkin. Kansainvälisesti tunnettuja lapsen oikeuksien asiantuntijoita ovat muun muassa *Michael Freeman*, *Philip Alston*, *Geraldine van Bueren* ja *John Eekelaar*, muutamia mainitakseni. *John Pobjoy* on tutkinut laajasti lasten oikeuksia erityisesti kansainvälisen suojelun yhteydessä ja *Bruce Abramson* on kirjoittanut laajasti lapsen syrjimättömyydestä lapsen oikeuksien sopimuksen pohjalta.²⁰ Myös kansainvälistä tutkimusta on pyritty tutkielmassa hyödyntämään.

1.2. Tutkimuskysymykset ja tavoitteet

Tutkielmassa selvitetään turvapaikanhakijan Suomessa syntyneen lapsen oikeudellista asemaa käännättämisessä. Tutkimusongelmana on oikeuskäytännössä esiin noussut kysymys: *miten turvapaikanhakijan Suomessa syntyneestä lasta tulisi kohdella maasta käännytettävässä?*²¹ Tutkimusongelmaa tarkastellaan ensiksikin hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta seuraavan tutkimuskysymyksen pohjalta: a) *voidaanko Maahanmuuttoviraston ”teknistä käännetyispäätöstä”²² luonnehtia hallintopäätökseksi ja mikäli ei, niin miten tällaista toi-*

¹⁹ *Pakolaisneuvonta Ry* 2015. Selvityksessä on käyty läpi lapsia koskevia päätöksiä vuodelta 2014; *Sormunen* 2017.

²⁰ *Pobjoy* 2017; *Abramson* 2008.

²¹ Tutkielmassa turvapaikanhakijalla tarkoitetaan kolmannen maan kansalaista tai kansalaisuudetonta henkilöä, joka on hakenut kansainvälistä suojelua. Poikkeuksellisesti tässä tutkielmassa kutsutaan turvapaikanhakijaksi myös lapsen vanhempia, joiden kansainvälistä suojelua koskeva asia on lopullisesti ratkaistu. Terminologisesti tämä ei ole aivan korrekti ilmaus, mutta sujuvoittaa tekstiä ja helpottaa ymmärtämään, että kyse on turvapaikkaa hakeneiden henkilöiden lapsista. Ulkomaalainen olisi liian laaja käsite korvaamaan tätä ilmausta. Vrt. määritelmädirektiivin 2 artiklan j alakohta (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2011/95/EU vaatimuksista kolmansien maiden kansalaisten ja kansalaisuudettomien henkilöiden määrittelemiseksi kansainvälistä suojelua saaviksi henkilöiksi, pakolaisten ja henkilöiden, jotka voivat saada toissijaista suojelua, yhdenmukaiselle asemalle sekä myönnetyn suojelun sisällölle).

²² Selkeyden vuoksi jatkossa Maahanmuuttoviraston ”teknistä käännetyispäätöstä” kutsutaan *tekniseksi käännättämistoimenpiteeksi* tai *käännättämistoimenpiteeksi*. *Käännetyispäätöstä* käytetään jatkossa ainoastaan, kun tarkoitetaan ulkomaalaislain (30.4.2004/301) mukaisessa menettelyssä tehtyä kirjallista perusteltua päätöstä. Tästä saatetaan toisaalla (esim. kirjallisuudessa tai oikeustapausselosteissa) käyttää myös nimitystä

*menpidettä tulisi arvioida hallintomenettelyn näkökulmasta? Lapsen käännättämistä tutkitaan myös perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta: b) onko lapsen käännättäminen ilman perusteltua käännättämispäätöstä syrjivää kohtelua ja c) millainen merkitys lapsen edulla on vastasyntyneen lapsen käännättämisessä?*²³

Tutkimusongelman taustalla on apulaisoikeusasiamiehen kesällä 2018 antama ratkaisu lapsen käännättämisestä ilman perusteltua käännättämispäätöstä (EOAK/5948/2016). Ratkaisussaan apulaisoikeusasiamies arvioi lapsen oikeutta perusteltuun päätökseen yleisemmällä tasolla tutkimatta tarkemmin mitään yksittäistapausta. Ratkaisun taustalla vaikutti kuitenkin tapaus, jossa äiti ja kaksi lasta oli käännätetty, mutta toiselle lapsista ei ollut tehty käännättämispäätöstä, vaan Maahanmuuttovirasto oli tehnyt lapselle ainoastaan ”teknisen käännätyspäätöksen”.²⁴

Maahanmuuttovirasto perusteli menettelyä teknisen käännättämistoimenpiteen suorittamisesta korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisulla 2003:73.²⁵ Tapauksessa oli kyse tilanteesta, jossa asian vielä ollessa vireillä korkeimmassa hallinto-oikeudessa valituksenalainen päätös oli pantu täytäntöön ja valittajat oli poistettu maasta. Korkeimman hallinto-oikeuden käsittelyn aikana valittajille oli syntynyt Suomessa lapsi, jolle ei ollut erikseen haettu oleskelulupaa, eikä siten tehty myöskään käännättämispäätöstä. KHO totesi, että ”vastasyntyneen voidaan olettaa matkustavan vanhempiensa mukana, eikä käännättämisestä päättävällä viranomaisella ole *lakiin perustuvaa velvoitetta viran puolesta* [kurs. tässä] erikseen tehdä lapsen osalta käännätyspäätöstä.”²⁶

käännätyspäätös, jolla tarkoitetaan samaa asiaa. Tutkielmassa noudatetaan ulkomaalaislain terminologiaa ja käytetään käännättämispäätöstä.

²³ Perusoikeuksilla tarkoitetaan Suomen perusoikeusjärjestelmässä lapselle turvattuja oikeuksia ja ihmisoikeuksista puhuttaessa viitataan kansainvälisissä sopimuksissa erityisesti lapsen oikeuksia koskevassa yleis-sopimuksessa (SopS 59–60/1991) lapselle taattuihin oikeuksiin. Joiltain osin nämä menevät myös päällekkäin: esimerkiksi oikeudesta syrjimättömyyteen on säädetty niin sopimuksen 2 artiklassa kuin perustuslain (11.6.1999/731) 6 §:ssä.

²⁴ EOAK/5948/2016, s. 1.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ KHO 2003:73.

Apulaisoikeusasiamies arvioi lapsen käännättämismenettelyä YK:n lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen näkökulmasta korostaen 3 artiklan edellyttämää lapsen edun ensisijaisuutta ja 2 artiklan lasten yhdenvertaisen kohtelun vaatimusta. Apulaisoikeusasiamies huomautti, että 2003:73 ratkaisun jälkeen lapsen oikeuksien sopimuksen sisältö on täsmentynyt muun muassa valvontamenettelyn ja lapsen oikeuksien komitean antamien yleiskommenttien johdosta. Lisäksi viime vuosina lapsen oikeusturvaan on kiinnitetty huomiota enenevässä määrin myös EU:ssa. Apulaisoikeusasiamies totesi, ettei käännättämispäätöksen jälkeen syntynyttä lasta tulisi kohdella eri tavalla kuin ennen päätöstä syntyneitä lapsia tai lapsen vanhempia. Apulaisoikeusasiamies kiinnitti ratkaisullaan Maahanmuuttoviraston huomiota siihen, että lapsen käännättäminen edellyttää lapselle tehtyä perusteltua käännättämispäätöstä. Apulaisoikeusasiamies korosti, että lapselle tehtävä oma päätös turvaa perustuslain ja kansainvälisten sopimusten edellyttämällä tavalla lapsen oikeutta erityiseen suojeluun sekä kunnioittaa lapsen ihmisarvoa.²⁷

Hallintomenettelyn näkökulmasta arvioiden Maahanmuuttoviraston tekninen käännättämistoimenpide ei ole aivan yksiselitteinen. Maahanmuuttovirasto suorittaa lapselle teknisen käännättämistoimenpiteen ulkomaalaisasioiden järjestelmään (UMA) silloin, jos hänen vanhempiansa hakemus on jo ratkaistu, mutta päätöstä ei ole vielä pantu täytäntöön. Tekninen käännättämistoimenpide tehdään riippumatta siitä, onko vanhempien päätös annettu tiedoksi, haetaanko päätökseen muutosta vai saanut jo lainvoiman.²⁸ Ensimmäisellä tutkimuskysymyksellä selvitetäänkin teknisen käännättämistoimenpiteen oikeudellista luonnetta. Täyttäväkö Maahanmuuttoviraston toimenpide ”teknisestä käännätyspäätöksestä” hallintopäätökselle laissa asetettuja vaatimuksia? Toimenpiteen luonnetta tarkastellaan niin hallintoasian vireilletulon, päätöksen perustelemisen kuin lapsen muutoksenhakumahdollisuuden näkökulmasta. Hallintomenettelyyn keskittyvän näkökulman lisäksi lapsen käännättämismenettelyä arvioidaan lapsen perus- ja ihmisoikeuksien kannalta: toteutuuko pelkässä teknisessä käännättämistoimenpiteessä lapsen oikeus perusteltuun päätökseen? Taustaoletuksena on, että näin ei ole, minkä vuoksi tutkielmassa nostetaan esille kysymykset myös lapsen syrjivästä kohtelusta ja lapsen edun arvioinnista käännättämisen yhteydessä.

²⁷ EOAK/5948/2016, s. 4–5.

²⁸ EOAK/5948/2016, s. 1.

Lapsen syntymäajankohta on ratkaiseva tekijä sen kannalta, miten häntä käännättämisen yhteydessä kohdellaan. Tutkielmassa lapsella tarkoitetaan lähtökohtaisesti vauvaikäinen lasta, joka on syntynyt Suomessa turvapaikkaahakeville vanhemmille osoitetun käännättämispäätöksen jälkeen.²⁹ Lapsen syntymäajankohdasta riippuen on mahdollista, että hänet käännätetään vanhempiensa mukana ilman, että hänelle tehdään perusteltua käännättämispäätöstä tai että häntä on vanhempien päätöksessä ja käännätysharkinnassa voitu ottaa huomioon.

Vanhemmille osoitetun käännättämispäätöksen jälkeen syntyneen lapsen erilainen kohtelu suhteessa hänen sisaruksiin tai vanhempiin herättää kysymyksen lapsen syrjivästä kohtelusta. Toisen tutkimuskysymyksen avulla selvitetään lapsen oikeutta syrjimättömyyteen ja sen toteutumista käännättämisessä. Onko Maahanmuuttoviraston tekninen käännättämispäätös ja lapsen käännättäminen ilman perusteltua päätöstä ikään perustuvaa syrjivää kohtelua suhteessa lapsen sisaruksiin tai vanhempiin? Onko käännättämispäätöksen jälkeen syntyneen lapsen erilaiselle kohtelulle löydettävissä pätevää ja perusteltavissa olevaa syytä?

Lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen (SopS 59-60/1991) 3 artikla edellyttää, että kaikissa lasta koskevissa toimissa on ensisijaisesti otettava huomioon lapsen etu. Kuitenkin silloin, jos vanhempien mukana käännätettävä lapsi on syntynyt vanhempien päätöksen jälkeen, ei lapsen etu tule arvioiduksi kirjallisen päätöksen muodossa. Lapsen etu ei tule huomioiduksi myöskään Maahanmuuttoviraston teknisessä käännättämistoimenpiteessä. Kolmannella tutkimuskysymyksellä selvitetään lapsen edun arvioinnin merkitystä ja siihen liittyviä ongelmakohtia käännättämisessä. Näitä ongelmakohtia voidaan jäsentää seuraavien apukysymysten avulla: onko käännättäminen ilman käännättämispäätöstä lapsen edun mukaista ja edellyttääkö lapsen etu itsessään lapselle tehtävää erillistä perusteltua käännättämispäätöstä? Käännättämisessä lapsen etua vastassa voi olla myös muita kilpailevia, huomioon otettavia intressejä. Millaisena lapsen edun painoarvo näyttäytyy käännättämisessä suhteessa muihin punnittaviin intresseihin?

²⁹ Tämän ohella tutkielmassa puhutaan myös vastasyntyneestä lapsesta, joilla tarkoitetaan samaa. Silloin kun lapsista puhutaan yleisesti tarkoittaen lapsia ryhmänä, tarkoitetaan lapsella lapsen oikeuksien sopimuksen 1 artiklan mukaisesti alle 18-vuotiasta lasta.

1.3. Tutkielman ala ja rajaukset

Tutkielman sijoittaminen kuuluvaksi jollekin tietylle oikeudenalalle on haastavaa, eikä se olisi tarkoituksenmukaista. Tutkielman sisältö on kansainvälistä oikeutta siltä osin, kun kyse on valtion ulkomaalaiseen kohdistamasta sääntelystä ja valtion alueellisen suvereniteetin valvomisesta tai lapsen oikeuksien sopimuksen tarkastelusta.³⁰ Yhtäältä tutkielma kuuluu keskeisesti myös ulkomaalaisoikeuteen, jonka miellän hyvin omintakeiseksi. Ulkomaalaisoikeus tietyissä tilanteissa yhdistyy esimerkiksi sosiaalioikeuden (maahanmuuttajan kotoutuminen, asuminen ja terveydenhuolto), hallinto-oikeuden (turvapaikkamenettely ja päätöksenteko) tai lapsioikeuden kanssa (lapsi turvapaikkaprosessissa). Ulkomaalaisoikeutta on siten hyvin hankala tarkkarajaisesti määritellä.³¹ Myöskään alan tutkimuksissa oikeudenalaa ei ole erityisemmin määritelty tai systematisoitu.³² Tutkielma ulottuu siis keskeisesti myös ulkomaalaisoikeuden alalle siltä osin, kun tarkastelun kohteena on ulkomaalaislain (30.4.2004/30) säännökset maasta poistamismenettelyyn, erityisesti käännättämiseen liittyen. Tutkielman voisi sijoittaa yhtä hyvin myös lapsioikeuden ja jossain määrin myös hallinto-oikeuden alalle. Tutkielman sisällöstä lapsioikeuteen voidaan lukea erityisesti lapsen etu ja lapsen syrjimättömyys, joita tutkitaan lapsen oikeuksien sopimuksen pohjalta. Lisäksi viranomaisen päätöksenteko, Maahanmuuttoviraston menettelytavat ja hallintomenettelyyn liittyvät kysymykset ovat keskeisiä hallinto-oikeuden alalle kuuluvia tutkittavia teemoja. Tutkielmassa yhdistyykin kaikkien mainittujen oikeudenalojen keskeisiä säännöksiä ja periaatteita.

Tutkielmassa tarkastellaan ainoastaan turvapaikkaprosessin päätösvaihetta, maasta poistamista. Tilanteessa viranomainen on perheen osalta – vauvaikäistä lasta lukuun ottamatta – todennut, ettei turvapaikalle ole perusteita, vaan perhe käännytetään. Tämän vuoksi kansainvälistä suojelua koskevat kysymykset on rajattu kokonaisuudessaan ulkopuolelle, joten myöskään YK:n pakolaisten oikeusasemaa koskevaa yleissopimusta (SopS 77/1968) ja sen lisäpöytäkirjaa (SopS 78/1968) ei tutkielmassa käsitellä tarkemmin. Maasta poistamismenettelyistä tutkielmassa on keskitytty ainoastaan käännättämiseen, joten myös karkottami-

³⁰ Ulkomaalaisella tarkoitetaan tutkielmassa henkilöä, joka ei ole Suomen kansalainen (UlkomL 3 §:n 1 kohta).

³¹ Esim. *Palander* 2018 s. 2, ymmärtää sillä ”kaikkea ulkomaalaisiin liittyvää oikeudellista sääntelyä”.

³² Ks. esim. *Nykänen* 2012; *Pirjola* 2013; *Mustasaari* 2017.

nen ja pääsyn epääminen ovat rajattu tutkielman ulkopuolelle. Käännyttämisen osalta tarkastellaan vain tilannetta, jossa ulkomaalainen on jo Suomessa ilman oleskelulupaa ja näin ollen ulkorajalta käännyttäminen rajautuu aiheen ulkopuolelle.

Syrjimättömyyttä ja lapsen etua tutkitaan ainoastaan lapsen oikeuksien sopimuksen pohjalta. Tutkielmasta onkin syrjinnän osalta rajattu ulkopuolelle perustuslain (11.6.1999/731, PL) ja yhdenvertaisuuslain (1325/2014) säännökset. Syrjimättömyyttä käsitelläänkin ainoastaan lapsen oikeuksien sopimuksen 2 artiklan pohjalta. Kansallisen lainsäädännön tarkastelu olisi ollut ehdottoman tärkeä aiheen kannalta, mutta tutkimukselle asetetut rajat edellyttivät asiasisällön karsimista. Myös lapsen edun osalta keskitytään pääasiassa lapsen oikeuksien sopimuksen 3.1 artiklaan ja suppeasti ulkomaalaislain sääntelyyn. Muilta osin kansallinen lainsäädäntö on jouduttu rajaamaan ulkopuolelle. Esimerkiksi lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annettua lakia (8.4.1983/361) ja lastensuojelulakia (13.4.2007/417) ei tutkielmassa käsitellä lainkaan. Tähänkin käytännössä ainoana syynä on ollut tutkimuksen laajuuteen liittyvät rajat.

Ulkomaalaislain muutoksia ja historiallista perspektiiviä ei tutkielmassa käsitellä.³³ Rajausta on kuitenkin ollut välttämätön, jotta varsinaisia tutkimuskysymyksiä on voitu tutkia kattavammin. Tutkielmassa keskitytään ajantasaiseen ja voimassa olevaan lainsäädäntöön ja niihin liittyviin kysymyksiin. Korostan kuitenkin, ettei tutkielmaa ole kirjoitettu täysin vailla maahanmuuton sääntelyn historiallisen perspektiivin tuntemusta. Uskon tämän välittyvän myös lukijalle asti, vaikka tutkielmassa ei nimenomaisesti ole esimerkiksi ulkomaalaislain sääntelyhistoriaan keskittyvää lukua.

Oikeusvertailua ei ole tutkielmassa hyödynnetty lainkaan. Oikeusvertailulla ei olisi ollut mahdollista rikastuttaa ja syventää tutkimusta, kun otetaan huomioon tutkielman laajuudelle asetetut rajat. Lisäksi on huomattava, että Euroopan unioniin on luotu yhteinen turvapaikkajärjestelmä (Common European Asylum System)³⁴, jonka puitteissa on annettu lukuisia asetuksia ja direktiivejä, joilla EU pyrkii harmonisoimaan turvapaikkamenettelyihin liittyviä

³³ Tällä rajauksella on vaaransa. *Kangas* on todennut, että ilman historiallista perspektiiviä voimassa olevan oikeuden sisällön systematisointiin ja tulkintaan keskittyvä tutkimus jää torsoksi. Ks. *Kangas* 1997, s. 92.

³⁴ Ks. *Euroopan komissio*.

käytäntöjä yhdenmukaisiksi. Vaikka tutkielmassa onkin viitattu myös muiden maiden oikeuskäytäntöön ja ulkomaiseen oikeuskirjallisuuteen, ei tarkoituksena ole ollut oikeusvertailevat näkökohdat, vaan ainoastaan kansainvälisten sopimusten tulkintaan ja soveltamiseen liittyvät seikat.

1.4. Tutkimusaineisto ja sen käyttö

Tutkielmassa oikeuslähteiden käytön suhteen noudatetaan lähtökohtaisesti oikeustieteessä perinteisesti käytettyä jaottelua vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin.³⁵ Keskeisimmät oikeuslähteet lapsen oikeusturvan ja perus- ja ihmisoikeuksien kannalta ovat YK:n lapsen oikeuksien sopimus, Euroopan ihmisoikeussopimus ja Suomen perustuslaki. Kansallisesta lainsäädännöstä keskeisessä roolissa ovat ulkomaalais-, hallinto- ja lapsioikeudelliset säädökset kuten ulkomaalaislaki (30.4.2004/301, UlkomL), hallintolaki (6.6.2003/434, HL) ja hallintolainkäyttölaki³⁶ (26.7.1996/586, HLL).

Oikeuskirjallisuuden osalta vahva painotus on kansainvälisessä oikeuskirjallisuudessa aiheen rajauksen vuoksi. Lapsen ihmisoikeuksia tulkitaan YK:n lapsen oikeuksien sopimuksen ja jossain määrin myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen valossa. Ulkomaisen oikeuskirjallisuuden ohella tutkielmassa on käytetty myös keskeistä kotimaista oikeuskirjallisuutta. Kotimainen oikeuskirjallisuus korostuu erityisesti hallintolakiin ja perusoikeuksiin liittyvissä kysymyksissä. Kansainvälisen oikeuskirjallisuuden käytöstä on todettava, että saatavissa olevaan lähdeaineistoon on kuitenkin jouduttu tehdä melko tiukkoja rajoituksia monessa kohdin tutkielmalle asetettujen rajojen vuoksi. Pohjoismaista oikeuskirjallisuutta on hyödynnetty suppeasti, lähinnä tilanteissa, joissa nostetaan esille huomioita maiden erilaisiin käytäntöihin liittyen. Ulkomaista oikeuskirjallisuutta hyödynnettäessä on huomioitu, että ne ovat usein liittyneet erilaisiin oikeuskulttuureihin, ja sen vuoksi niitä on käytetty lähinnä lapsen ihmisoikeuksien tarkasteluun teoreettisessa viitekehyksessä ja myös kansainvälisten sopimusten tulkintaan liittyvissä kysymyksissä.

³⁵ Aarnio 1989, s. 220–221. Ks. kritiikistä Syrjänen 2008, s. 175–180.

³⁶ Laki oikeudenkäynnistä hallintoasioissa korvaa hallintolainkäyttölain ja astuu voimaan 1.1.2020. Ks. HE 29/2018 vp.

Virallislähteiden osalta painotus on ollut kansallisessa lainvalmisteluaineistossa. Kuitenkin lapsen oikeuksien komitean yleiskommenteille ja suosituksille on annettu merkittävää painoarvoa lapsen oikeuksien sopimuksen tulkinnassa. Oikeuskäytännön osalta aineisto on painottunut pääasiassa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisukäytäntöön.

1.5. Tutkimusmenetelmät

1.5.1. Lainoppi ja tutkijanideologia

Tutkimusmenetelmänä on lainoppi eli oikeusdogmatiikka, joka on oikeusnormien systematisointia ja tulkintaa.³⁷ Tarkemmin ottaen tämä on toisaalta oikeussääntöjen tulkintaa ja oikeusperiaatteiden *arvosidonnaista* punnintaa ja toisaalta oikeussääntöjen ja rajoitetusti myös muiden oikeusnormien systematisointia (kurs. tässä).³⁸ Tutkielmassa tulkintojen arvosidonnaisuus nousee esiin monessa kohdissa. Eräissä tulkintaan liittyvissä kysymyksissä lopullinen kannanotto tai johtopäätös palautuu lopulta siihen, mitä olen tutkijan roolissa pitänyt tärkeämpänä ja arvokkaampana, kun perusteltavissa olisi ollut toisenlainenkin tulkinta. Menetelmä voidaan hahmottaa tavaksi ajatella yhteiskunnasta, mutta yhtäältä myös näkökulmaksi oikeuteen.³⁹ Nämä molemmat puolet ovat samanaikaisesti esillä tässäkin tutkielmassa. Koska tutkielmassa selvitetään pienen lapsen yhteiskunnallista asemaa oikeudellisesta näkökulmasta, taustalla vaikuttaa jossain määrin myös tutkijan omat yhteiskunnalliset arvopreferenssit. Tähän asetelmaan on toki pyritty suhtautumaan kriittisesti.⁴⁰ Tutkielma tehdessä olen oikeustieteen hahmottanut ”mielen ja kielen tieteenä”, joka tutkii myös omia sitoumuksiaan ja rajoituksiaan.⁴¹

Tutkimusongelmaani olen lähestynyt normatiivis-kriittisen tutkijanideologian taustasta. Tällä tarkoitetaan sitä, että tutkija ”liittää sisäistämänsä yhteiskuntaideologiset tai yleisesti

³⁷ Tuori 2000, s. 303.

³⁸ Siltala 2003, s. 502.

³⁹ Kangas 1997, s. 91–92; Aarnio 1997, s. 35–36. Siltala nimittää tutkijan näkökulmaa tutkimuskohteeseensa tutkijanideologiaksi eli tutkijanpositioksi, jonka hän jakaa analyttis-deskriptiiviseen ja normatiivis-kriittiseen. Ks. Siltala 2003, s. 141–145.

⁴⁰ Kriittistä näkökulmaa nostetaan esille erityisesti 2.4. luvussa, jossa luodaan lyhyt katsaus lapsioikeusdiskursiin liittyviin haasteisiin.

⁴¹ Kangas 1997, s. 91–92.

arvosidonnaiset preferenssinsä avoimesti osaksi toteutettua tutkimusta”.⁴² Onkin siis tunnus-tettava, ettei tutkimuskysymyksiä ole voitu tutkia täysin arvo- ja ideologianeutraalisti. Vaikka arvo- ja ideologianeutraalisuuteen olisikin pyritty, olisi tämän jäänyt saavuttamatta, sillä tutkimuksen kohteena on lapsi ja hänen ihmisoikeutensa. Lapsen oikeuksien diskurssi yhdistettynä ihmisoikeusdiskurssiin luo erityisen haasteen tutkijalle juuri arvo- ja ideologia-neutraaliuden näkökulmasta ja näihin näkökulmiin kiinnitetään tarkemmin huomiota 2.3. ja 2.4. luvuissa. Normatiivis-kriittinen lähestymistapa on perusteltu ratkaisu tutkielman aiheen tutkimiseen, koska lainsäädännön aukollisuus ja erilaiset oikeuskäytännössä ilmenneet tul-kinnat jättävät runsaasti tilaa tulkitsijalle. Tulkitsijan roolissa on tärkeä tiedostaa tulkinnan taustalla vaikuttavat tekijät. Oikeuskäytännössäkin esiin nousseet, toisistaan poikkeavat tul-kinnat lapsen asemasta ilmentävät hyvin lähestymistavan kahtiajakoisuutta.

Tutkielman kohteena olevaa vauvaikäisen lapsen oikeusasemaa tarkastellaan maahanmuu-ton sääntely-ympäristössä, mikä aiheuttaa minulle tutkijana oman haasteen. Hahmotan ul-komaalaisoikeuden ja maahanmuuton sääntelyn alueena, jossa erityisesti ollaan politiikan, tarkemmin ulkomaalais- ja maahanmuuttopolitiikan voimakkaassa vaikutuspiirissä.⁴³ Oi-keuden perusta voidaankin nähdä siinä mielessä poliittiseksi, että oikeus ei itsekseen aseta oikeaa ja väärää, vaan sen asettavat ihmiset yhteistoiminnallaan.⁴⁴ Oikeudet tosin sanoen ovat riippuvaisia politiikasta, mutta myös juurruttavat politiikkaa.⁴⁵ Tämän vuoksi maahan-muuttopolitiikan vaikutusta suhteessa voimassaolevaan ulkomaalaisoikeuden sääntelyyn ei täysin sovi sivuuttaa, vaikka tämä näkökulma jää vain eräänlaiseksi sivujuonteeksi.⁴⁶ Maa-hanmuuttopolitiittiset kysymykset nousevat esille erityisesti lapsen etua käsittelevässä viiden-nessä luvussa.

⁴² Siltala 2003, s. 142.

⁴³ Ks. ulkomaalaispolitiikan historiasta *Leitzinger* 2008, s. 69: Ulkomaalaispolitiikalla tarkoitetaan: ”ulkomaa-laisia koskevien säädösten, hallinnollisten linjausten, yhteiskunnallisten perinteiden ja muotivirtausten so-veltamista käytäntöön viranomaisten toimesta.”

⁴⁴ *Snell* 2001, s. 150. Oikeuksien poliittisuus voidaan havaita erityisesti ulkomaalaisoikeudessa, jossa lapsen oikeuksista tulee helposti poliittinen kysymys. Lapsen oikeudet törmäävät maahanmuuton lainsäädäntöön ja kansallisiin etuihin, joilla on paljon enemmän poliittista voimaa. Ks. *Josefssons* 2016, s. 124–125.

⁴⁵ *Günther* 1999, s. 143.

⁴⁶ Lainsäädäntöön vaikuttaa yleisesti lukuisia muitakin tekijöitä, joista politiikka on vain yksi. Ks. *Ervasti* 2012, s. 49–74.

Pakolaiset, turvapaikanhakijat ja lapset ovat diskurssin kohteina sellaisia, joista keskusteleminen herättää voimakkaita tunteita puolesta ja vastaan. Keskustelun taustalla yleensä vaikuttavat henkilön omat arvot, asenteet, ennakkoluulot ja ideologia, riippumatta siitä, tunnistaako keskustelija omassa ajattelussaan. Ne ovat vaikuttaneet myös tässä tutkimuksessa. Siksi onkin tunnustettava, ettei aihetta ole voitu käsitellä täysin objektiivisesti ja ulkopuolisen asemassa, vaan osin myös sisältä ja subjektiivisesti.⁴⁷ Pidänkin tärkeänä tuoda lukijan tietoon myös omat rajoitteeni tutkimuksen tekijänä. Se, mikä opitaan kirjoista (toisinaan jopa niitä lukematta), toimii prismaa kaikelle uudelle analysoitavalle.⁴⁸ Näin myös oma ymmärrykseni ja tulkintani tutkittavasta aiheesta tapahtuu omaksumassani oikeudellisessa traditiossa.⁴⁹ Olen tutkielmaa kirjoittaessa joutunut tehdä useita oletuksia, joista monet ovat osoittautuneet vääriksi tai perusteettomiksi. Olen myös havainnut useita ennakkoluuloja ja -asenteita omassa ajattelussani tutkimusta tehdessä, ja prosessin aikana olen saanut mahdollisuuden kyseenalaistaa ja muotoilla uudelleen omia kantoja ja niiden perusteluja.

Tutkijanideologian ja käytettyjen metodien analysointiin näiden esille tuomiseen tutkielman alussa on kaksi tärkeää syytä. Tärkein syy on oman ajattelun rajojen tunnistaminen: "[k]aikeksi kritiikkiin edellytys on siis jatkuva *itsekritiikki* ja reflektio oman ajattelun vajavaisuudesta".⁵⁰ Toiseksi yksi metodologian tehtävistä on "kontrolloida ja lisätä tiettyä uskottavuutta oikeustieteessä tuotetulle uudelle tiedolle."⁵¹ Ellen siis pyrkisi selventää tutkielmassa käytettyä metodologiaa ja sitä, mitä ymmärrän oikeudella tai käyttämälläni metodilla ja mistä tutkijanideologiasta aiheuttani lähestyn, en myöskään voisi esittää uskottavia ja perusteltavissa olevia väitteitä oikeudesta. Oikeuteen ei siis voi olla *näkökulmaa ei-mistään*.⁵² Tämän vuoksi on sitouduttava tiettyyn oikeusteoreettiseen näkemykseen ja välitettävä se myös lukijalle. Jos omaa tutkijanideologiaa ja sitoutumista oikeusteoreettiseen näkemykseen ei avata, on lukijalle epäselvää, onko tutkija itsekään tietoinen näistä. Pidänkin tärkeänä, että

⁴⁷ Objektiivisuuteen ja vastakkaisiin näkemyksiin on kuitenkin kiinnitetty erityistä huomiota, mikä lukijalle näkyy runsaassa keskustelevien alaviitteiden käytössä.

⁴⁸ Fuller 1964, s. 95.

⁴⁹ Ks. tradition käsitteestä esim. Tuori 2007, s. 55–57.

⁵⁰ Tontti 2001, 227.

⁵¹ Pajulammi 2014, s. 16.

⁵² Siltala 2003, s. 610.

oikeustieteellistä tutkimusta tehdessä tulisi kaksi perustavanlaatuaista kysymystä avata lukijalle: ”millaista systematisointia ja millaista tulkintaa?”⁵³ Samalla on kuitenkin myönnettävä, että oma ymmärrykseni käyttämästäni lainopin metodista on vielä verrattain suppeaa, mutta tutkielman taustalla olevan metodologian tarkoituksena päästä vakuuttavampiin oikeudellisiin johtopäätöksiin ja antaa myös lukijalle paremmat mahdollisuudet niiden pätevyyden kriittiseen arvioimiseen.

1.5.2. Tulkintametodit

Tulkintametodeina pidetään niitä työkaluja, joita lainoppia harjoittava käyttää siirtyessään oikeuslähteistä tulkintakannanottoihin.⁵⁴ Tutkielmassa olen tulkinnan suhteen omaksunut *perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin*, johon kytkeytyy tiiviisti myös *oikeusperiaatteiden punninta*. Nämä yhdessä ovat sidottu yhteiskunnallisten arvo- ja tavoitenäkökohtien kanssa. Arvo- ja tavoitenäkökohtia punnitsen tutkimuskysymysten kontekstissa ja joita edelleen tasapainotan muiden asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden vastaavien tausta-arvojen ja tavoitteiden kanssa (*weighing and balancing*). Tämä toimii siis eräänlaisena tulkintakehyksenä, joka ilmentää sitä, miten tutkielmassa on tulkittu voimassa olevaa oikeutta.⁵⁵ Valintaani perustelen sillä, että tutkijanideologiani on normatiivis-kriittinen, johon puolestaan liittyy tavoite perustella ideaalinen tai paras mahdollinen tulkinta voimassa olevasta oikeudesta. Paras mahdollinen tulkinta heijastaa lopulta sitä, minkä tutkijana olen omaksunut yhteiskunnalliseksi arvopäämääräksi tai ideaaliksi.⁵⁶

Perusoikeusmyönteinen tulkinta on perusteltua myös siksi, että aihepiiriä koskeva sääntely on avointa, mikä tarjoaa useita mahdollisia tulkintakannanottoja.⁵⁷ Puutteellinen lainsäädäntö jättää toisin sanoen tilaa ja mahdollisuuden korostaa tulkinnassa perusoikeuksien merkitystä. On kuitenkin syytä huomauttaa, että koska tutkielman aihe on hyvin käytännönläheinen ja konkreettinen, ei johtopäätöksiin ole päädytty pelkästään ideaalisista

⁵³ Siltala 2003, s. 465. Siltala on muun muassa kritisoinut samanaikaisesti 17 eturivin oikeustieteen professoria todetessaan, ettei koko ”Minun metodini” -teoksesta löydä varsinaista lainopin määritelmää lainkaan

⁵⁴ Hirvonen 2011 s. 38.

⁵⁵ Ks. lainsäädännön tulkinnasta Siltala 2003, s. 333–367; oikeusperiaatteiden punninnasta *mts.* 383.

⁵⁶ Ks. normatiivis-kriittisestä tutkijanideologiasta Siltala 2003, s. 142–143. Ks. perusoikeuksilla argumentointiin kohdistetusta kritiikistä Helin 2012, s. 19–22. ”– perusoikeusajattelu ja siihen kietoutuva perus- ja ihmisoikeusaktivismi voivat tuottaa outoja tuloksia sekä lainkäytössä ja laillisuusvalvonnassa että tutkimuksessa esiintyessään.” *Mts.* 30.

⁵⁷ Ks. Mäenpää 2016, s. 4.

näkökohdista. Pelkästään ideaalinen lapsen oikeuksia edistävä tulkinta voisi näet kääntyä itseään vastaan siinä vaiheessa, jos tulkintoja yritettäisiin soveltaa käytäntöön. Tutkielmassa hyödynnetäänkin arvoperustaisen tulkinnan ohella jossain määrin myös teleologista tulkintaa, jossa otetaan huomioon perus- ja ihmisoikeussäännösten tavoitenäkökohdat.

1.5.3. Avoin oikeudellinen systematiikka

Tutkielmassa noudatettu oikeudellinen systematiikka on – *Siltalan* terminologialla ilmaistuna – pääasiassa *dynaamista* eli avointa ja ”kelluvaa”.⁵⁸ Tarkastelun kohteena on useita periaatteita, jotka saattavat olla ristiriidassa keskenään ja joiden ratkaisuarvo on paljolti sidonnainen tämän tutkielman aihepiiristä – miten niitä juuri tässä tapauksessa systematisoidaan. Niinpä tutkielmassa esitettyjä periaatteiden systematiikkaa ja tulkintoja ei voida, eikä ole tarkoituksaan yleistää laajemmin, vaan ne ovat sidoksissa ainoastaan esitettyihin tutkimuskysymyksiin. Lapsen etuun tai lapsen syrjimättömyyteen liittyvät tulkinnat tämän tutkielman aihepiirissä, eivät välttämättä sellaisenaan ole yleistettävissä esimerkiksi lastensuojeluun tai huostaanottoon liittyviin tapauksiin. Syrjinnänkiellon ja lapsen edun osalta pääpaino onkin nimenomaisesti vain käännättämisen kontekstissa. Esimerkiksi lapsen edun periaate näytetään painoarvoltaan hyvin erilaisena käännättämisen kontekstissa kuin huostaanoton yhteydessä. Avoin systematiikka on perusteltua myös sen vuoksi, että tutkielman aihe koskee tilannetta, johon voimassa olevasta lainsäädännöstä ei saada kaikkiin kysymyksiin selkeää vastausta. Tutkielmassa perus- ja ihmisoikeuksille on annettu heikko systeeminen etusija muihin periaatteisiin nähden, mikä toisin sanoen tarkoittaa, etten koe voivani täysin määrittää konfliktinratkaisunormeja etukäteen.

1.6. Tutkielman rakenne

Seuraavassa luvussa eli tutkielman toisessa luvussa luodaan katsaus ulkomaalaisen lapsen oikeudelliseen aseman yleisesti. Luvussa kerrotaan, mitkä sopimukset ja säännökset lapsen asemaa käännättämistilanteessa turvaavat ja miten lapsi sijoittuu ulkomaalaisoikeuden alalla. Tämän ohella luvussa kiinnitetään huomiota lapseen oikeussubjektina ja oikeuden haltijana. Samalla nostetaan esille lapsen oikeuksia koskevaan diskurssiin ja ihmisoikeusdiskurssiin liittyviä haasteita sekä lapsen oikeuksien puolustamiseen liittyviä ongelmia.

⁵⁸ *Siltala* 2003, s. 368. *Syrjänen* kuitenkin kritisoi dynaamisuuden ajatusta, sillä hänen mukaan kyse on ennemminkin epämääräisyyden ja satunnaisuuden mahdollistavasta toiminnasta. Ks. *Syrjänen* 2008, s. 200–203.

Kolmannessa luvussa aiheena on vauvaikäisen lapsen käännättämisen menettelylliset kysymykset. Huomio keskittyy erityisesti hallinto-oikeudelliseen menettelyyn ja päätöksentekoon käännättämisessä. Luvussa analysoidaan ja luonnehditaan erikseen myös Maahanmuuttoviraston teknistä käännättämistoimenpidettä hallintomenettelyn näkökulmasta. Luvussa selvitetään lapsen oikeutta perusteltuun päätökseen ja oikeussuojakeinojen tehokkuutta käännättämistilanteessa. Luvun lopussa etsitään vastauksia vauvaikäisen lapsen käännättämisen menettelyllisiin kysymyksiin: miten käännättäminen tulisi hallintomenettelyn näkökulmasta toteuttaa.

Neljännessä luvussa analysoidaan lapsen oikeutta syrjimättömyyteen⁵⁹. Oikeus syrjimättömyyteen on yksi keskeisistä lapsen ihmisoikeuksista, joka on kirjattu muun muassa lapsen oikeuksien sopimuksen 2 artiklaan. Kansainvälisten sopimusten lisäksi syrjimättömyydestä on säädetty perustuslaissa ja yhdenvertaisuuslaissa. Luvun taustalla on tutkielman toinen tutkimuskysymys: onko vauvaikäisen lapsen kohtelu syrjivää, mikäli hänelle ei tehdä käännättämispäätöstä tai hänen henkilökohtaista tilannetta arvioida ennen käännättämistä. Luvussa analysoidaankin lapsen ikää syrjivänä tekijänä ja tarkastellaan erityisesti lapsiin kohdistuvia syrjinnänmuotoja.

Viides luku käsittelee lapsen etua lapsen oikeuksien yleissopimuksen 3.1 artiklan pohjalta. 3.1 artikla edellyttää, että lasta koskevissa toimissa on ensisijaisesti kiinnitettävä huomiota lapsen etuun. Luvussa selvitetään lapsen edun käsitteen luonnetta oikeutena, periaatteena ja menettelysääntönä sekä sisällöllisiä arviointikriteerejä pääpiirteittäin. Luvussa keskeisenä tausta-ajatuksena on etsiä vastauksia kolmanteen tutkimuskysymykseen ja pääasiallisesti huomio onkin lapsen edussa käännättämisen ja kansainvälisen suojelun kontekstissa ja siinä, millainen punnintakriteeri lapsen etu on käännättämistilanteessa.⁶⁰ Luvussa etsitään vastauksia myös siihen, millaisia vastakkaisia intressejä lapsen edulle ilmenee käännäytystilanteessa ja millainen näiden keskinäinen painoarvo on.

⁵⁹ Tästä on yleisesti – mielestäni harhaanjohtavasti – käytetty myös nimeä syrjimättömyyden periaate. Tästä tarkemmin 4.1. luvussa.

⁶⁰ Kansainvälisellä suojelulla tarkoitetaan turvapaikanhakijalle myönnettävää pakolaisasemaa tai toissijaista suojeluasemaa siten, kuin nämä on määritelty EU:n määritelmädirektiivin 2 artiklan a, e ja g alakohdissa ja ulkomaalaislain 3 §:n 13 kohdassa.

2. ULKOMAALAISEN LAPSEN ASEMA

Tässä luvussa selvitetään ulkomaalaisen lapsen oikeudelliseen asemaan liittyviä erityispiirteitä. Luvun alussa rakennetaan raameja sille, miten ulkomaalainen lapsi sijoittuu suomalaisessa oikeusjärjestelmässä ja mitkä ovat keskeiset lapseen sovellettavat niin kansainväliset kuin kansallisetkin oikeuslähteet. Turvapaikanhakijan Suomessa syntyvän lapsen kannalta olennainen kysymys on myös kansalaisuuden määräytyminen, mikä on riippuvainen osin myös vanhempien statuksesta. Tätä kysymystä sivutaan vain pääpiirteittäin. Lopuksi lapsen asemaa luonnehditaan myös oikeusdiskurssissa, erityisesti ihmisoikeusdiskurssin näkökulmasta. Tämän teeman esiin nostamisella on tarkoitus tuoda esille lapsen oikeuksien toteutumiseen ja niiden puolustamiseen liittyviä haasteita.

2.1. Keskeiset lapsen asemaa turvaavat oikeuslähteet

2.1.1. Lapsen oikeuksien sopimus

Lapsen kannalta erityisen merkittävä on YK:n lapsen oikeuksia koskeva yleissopimus (LOS). Sopimus hyväksyttiin YK:n yleiskokouksessa vuonna 1989 ja astui voimaan seuraavana vuonna, syyskuussa 1990. Suomessa sopimus (SopS 59-60/1991) astui voimaan ilman varaumia vuotta myöhemmin. Sopimus on tällä hetkellä maailman laajimmin ratifioitu sopimus, jonka osapuolena on 196 valtiota, joista ainoastaan Yhdysvalloissa sopimus on ratifioimatta.⁶¹ Sitten lapsen oikeuksien sopimukseen on hyväksytty yhteensä kolme valinnaista pöytäkirjaa. Vuonna 2000 YK:n yleiskokous hyväksyi valinnaisen pöytäkirjan lasten osallistumisesta aseellisiin selkkauksiin (SopS 30–31/2002) ja valinnaisen pöytäkirjan lasten myynnistä, lapsiprostituutiosta ja lapsipornografiasta (SopS 41/2012). Vuonna 2011 hyväksyttiin valitusmenettelyä koskeva valinnainen pöytäkirja (SopS 5/2016).

Sopimuksen sisältöä ja rakennetta voidaan yleisellä tasolla kuvata Hammarbergin esittämän ryhmittelyn mukaan. Artiklat voidaan jakaa kolmen ”p”:n ryhmiin (*provision, protection ja participation*) eli hyvinvointia, suojelua ja osallisuutta koskeviin oikeuksiin. Hyvinvointiin sisältyy oikeus saada perustarpeet tyydytetyksi esimerkiksi ruoka, terveydenhuolto ja koulutus. Suojelu tarkoittaa oikeutta suojeluun vahingoittavilta toimilta, kuten kaupalliselta ja

⁶¹ YK:n *sopimuskokoelma*. Viimeisimpinä maina sopimukseen ovat liittyneet Somalia ja Etelä-Sudan vuonna 2015, joista viimeksi mainittu ei ole allekirjoittanut, eikä ratifioinut sopimusta. Sopimuksen takaamien lapsen oikeuksien painoarvoa korostaa ennen kaikkea se, ettei niihin sallita poikkeuksia edes sotatilassa. Ks. *Pobjoy* 2017, s. 20.

seksuaaliselta hyväksikäytöltä tai fyysiseltä ja henkisesti pahoinpitelyltä. Osallisuudella tarkoitetaan oikeutta tulla kuulluksi itseään koskevassa päätöksenteossa.⁶²

Sopimuksen neljä artiklaa on nostettu yleisperiaatteen asemaan lapsen oikeuksien komitean antamassa sopimuksen täytäntöönpanoa koskevassa yleiskommentissa.⁶³ Sopimuksen yleisperiaatteet ovat: lapsen syrjimättömyys (art. 2), lapsen edun ensisijaisuus (art. 3), lapsen oikeus elämään ja kehitykseen (art. 6) ja lapsen oikeus osallisuuteen (art. 12). Nämä yleisperiaatteet tulee ottaa huomioon kaikkien sopimuskohtien tulkinnassa.⁶⁴ Periaatteiden luonnin taustalla on esitetty alun perin olleen lähinnä vain opetukselliset syyt. Periaatteita onkin kritisoitu siitä, että niistä on nyttemmin tullut vain tyhjiä kliseitä, jotka sekoittavat sääntöjen ja periaatteiden välistä eroa heikentäen ajatusta lapsesta oikeudenhaltijana.⁶⁵

Sopimuksen 43 artiklalla perustettiin lapsen oikeuksien komitea (LOK, jäljempänä myös komitea). Komitea arvioi sopimusvaltioiden edistymistä sopimuksen ja sen kahden valinnaisen pöytäkirjan⁶⁶ asettamien velvoitteiden täyttämässä. Komitea koostuu 18 asiantuntijajäsenestä, jotka valitaan vaaleilla neljän vuoden toimikaudeksi.⁶⁷ Komitea antaa sopimusvaltioille maakohtaisia suosituksia⁶⁸ sopimuksen kansallisesta täytäntöönpanosta sekä yleiskommentteja⁶⁹, joissa tulkitaan yleissopimuksen artikloja.⁷⁰

Lapsen oikeuksien komitealla on tärkeä rooli sopimuksen tulkinnassa. Komitea julkaisee sopimuksen tulkintaan liittyviä yleiskommentteja, raportteja ja suosituksia. Vaikka komitean esittämät tulkinnat eivät ole sitovia kansallisella tasolla, on se arvostettu auktoriteetti ja sitä pidetään myös tärkeimpänä suunnan näyttäjänä sopimusartiklojen ja periaatteiden tulkintaan ja täytäntöönpanoon.⁷¹ Yleiskommenteista on toisaalta luonnehdittu, että se sitoo valtioita

⁶² Hammarberg 1990, s. 99–100.

⁶³ CRC/GC/2003/5, s. 4.

⁶⁴ Hakalehto-Wainio 2013, s. 19.

⁶⁵ Ks. Abramson 2008, s. 64–67. Opetuksellisilla syillä Abramson viittaa siihen, että alkuvaiheessa sopimuksen sisältö oli useille tuntematon, minkä vuoksi sisältöä haluttiin tuoda esille yksinkertaisemmassa muodossa.

⁶⁶ Lapsen oikeuksien yleissopimuksen valinnainen pöytäkirja osallistumisesta aseellisiin selkkauksiin sekä valinnainen pöytäkirja lasten myynnistä ja lapsiprosituutiosta ja lapsipronografiasta.

⁶⁷ CRCC/4 Rev. 4, s. 8.

⁶⁸ Concluding observations, CO.

⁶⁹ General comment, GC. Tähän mennessä on annettu yhteensä 21 yleiskommenttia, joista löytyy epäviralliset suomennotokset lapsiasiavaltuutetun sivuilta.

⁷⁰ Ks. Hodging – Newell 2007, s. 637–653.

⁷¹ Fortin 2009, s. 47; Sandberg 2014, s. 20; Couzens 2017 s. 103. Sopimusvaltiot eivät kuitenkaan ole erikseen sitoutuneet noudattamaan komitean antamia yleiskommentteja.

poliittisesti ja moraalisesti.⁷² Toisaalta on myös todettu, että oikeuskirjallisuudessa vallitsee epätietoisuus siitä, miten komitean kannanottoja tulisi lukea: lausuntojen luonne ja niiden asema aiheuttaa usein hämmennystä.⁷³ Komiteaa on kritisoitu myös siitä, ettei se myötävai-
kuta riittävän aktiivisesti siihen, että kansalliset tuomioistuimet hyödyntäisivät kannanottoja laajemmin.⁷⁴ Komiteaa pidetään merkittävänä toimijana myös EU-oikeuden alalla, missä asiantuntemuksen hyödyntämiselle on nähty olevan enemmänkin tilaa.⁷⁵

2.1.2. Euroopan ihmisoikeussopimus

Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 1 artikla takaa jokaiselle sopimusvaltion lainkäyt-
tövaltaansa kuuluvalla henkilölle yleissopimuksessa määritellyt oikeudet ja velvollisuudet. EIS:n mukaiset oikeudet on lähtökohtaisesti turvattava myös ulkomaalaisille ja sitä myötä myös turvapaikanhakijoille.⁷⁶ EIS:n rakennetta ja järjestelmää en tutkielmassa erittele tar-
kemmin, vaan nostan esille yksittäisiä säännöksiä tarpeellisilta osin kussakin asiayhtey-
dessä.⁷⁷

2.1.3. Ulkomaalainen kansallisessa lainsäädännössä

Perustuslain mukaan kaikki ovat yhdenvertaisia lain edessä, ja jokaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen (PL 6 §). Vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen tavoitteena oli laajentaa perusoikeussäännösten suojaamaa henkilöpiiriä ja ottaa huomioon kansainväliset ihmisoikeussopimukset, jotka takaavat ihmis-
oikeudet kaikille valtion oikeuspiiriin kuuluvuille henkilöille, riippumatta valtion kansalai-
suudesta.⁷⁸ Uudistuksen myötä perustuslain perusoikeudet koskevat siis *jokaista* Suomen
oikeudenkäytön piirissä olevaa henkilöä riippumatta kansalaisuudesta tai kansalaisuuden
puuttumisesta.

⁷² Kalverboer et al. 2017, s. 119.

⁷³ Abramson 2008, s. 133.

⁷⁴ Couzens 2017, s. 119–121. Suomessa korkein oikeus antoi kesällä 2019 ratkaisun KKO 2019:50, jossa vii-
tattiin ensimmäistä kertaa lapsen oikeuksien komitean antamaan yleiskommenttiin (CRC/C/GC/12). Korkein
hallinto-oikeus puolestaan on viitannut jo vuonna 2017 ratkaisussa 2017:81 kahteen yleiskommenttiin
(CRC/C/GC/12 ja CRC/C/GC/14).

⁷⁵ Stalford 2012, s. 33, 160.

⁷⁶ Pellonpää et al. 2018, s. 15.

⁷⁷ EIS:n järjestelmästä kattava teos: Pellonpää et al. 2018.

⁷⁸ HE 309/1993 vp., s. 21.

Perustuslain 9.4§ mukaan ulkomaalaisen oikeudesta tulla Suomeen ja oleskella maassa säädetään lailla. Säännöksen ”lähtökohtana on kansainvälisen oikeuden voimassa oleva pääsääntö, jonka mukaan ulkomaalaisilla ei ole yleisesti oikeutta asettua toiseen maahan”. Ulkomaalaisille on kuitenkin turvattava menettelyllinen suoja ratkaistaessa heidän oikeutensa tulla Suomeen ja jatkaa täällä oleskelua sekä tätä koskevan lainsäädännön tulisi vastata Suomen kansainvälisiä velvoitteita.⁷⁹ Tämä asettaa siis edellytyksen, että ulkomaalaisia koskeva sääntely tulee toteuttaa lain tasolla, eikä hallinnollisin määräyksiin.⁸⁰ Keskeisin säädös ulkomaalaisia koskevassa sääntelyssä on ulkomaalaislaki.

Ulkomaalaislaissa säädetään kansainvälisen suojelun hakemisesta, ulkomaalaisen maahan-tulosta ja oleskelusta Suomessa (UlkomL 2 §). Lain tarkoituksena on toteuttaa ja edistää hyvää hallintoa ja oikeusturvaa ulkomaalaisasioissa ja lisäksi edistää hallittua maahanmuuttoa ja kansainvälisen suojelun antamista ihmisoikeuksia ja perusoikeuksia kunnioittaen (UlkomL 1 §). Viimeisin ulkomaalaislaki on tullut voimaan vuonna 2004 ja sitä ennen lakia on muutettu useita kertoja.⁸¹ Muutoksessa säilytettiin vuonna 2000 voimaan tulleet turvapaikkamenettelyä koskevat säännökset pääosin ennallaan ja tarkoituksena oli selkeyttää lain yleisiä säännöksiä sekä säätää ulkomaalaisen oikeuksista ja velvollisuuksista entistä tarkemmin. Lisäksi oikeusturvaa parannettiin laajentamalla muutoksenhakumahdollisuuksia oleskelulupapäätöksistä.⁸² Vuonna 2016 ulkomaalaislakiin tehtiin useita lapsen oikeusturvaan vaikuttaneita merkittäviä muutoksia, kun muun muassa humanitaarinen suojelu poistettiin,⁸³ oikeusapua turvapaikkapuhuttelussa rajoitettiin, valitusaikoja lyhennettiin ja säilöönoton uudelleenkäsitelyn edellytyksiä muutettiin.⁸⁴ Muutoksia on kritisoitu, sillä niiden on katsottu heikentävän merkittävästi lapsen oikeusturvaa.⁸⁵ Ulkomaalaislain ohella asioiden käsittelyssä sovelletaan täydentävästi hallintolakia ja muutoksenhakuasioissa hallintolainkäytölakia.

⁷⁹ HE 309/1993 vp., s. 52.

⁸⁰ Hallberg et al. 2011, s. 358.

⁸¹ Ks. ulkomaalaislain muutoksista Aer 2016, s. 16.

⁸² HE 28/2003 vp., s. 1.

⁸³ Ks. HE 2/2016 vp.

⁸⁴ Ks. HE 32/2016 vp.

⁸⁵ Sormunen 2017, s. 405–407.

2.2. Suomessa syntyneen lapsen kansalaisuuden määräytyminen

Suomessa syntyvä lapsi ei saa Suomen kansalaisuutta pelkästään sillä perusteella, että hän on syntynyt Suomessa. Kansalaisuuden määräytymisestä säädetään kansalaisuuslaissa (16.5.2003/359). Turvapaikanhakijalle Suomessa syntynyt lapsi voi saada Suomen kansalaisuuden syntymänsä perusteella kahdessa eri tilanteessa (KansalaisuusL 9 §). Lapsi saa Suomen kansalaisuuden, jos hän syntyessään ei saa minkään vieraan valtion kansalaisuutta, eikä hänellä syntymänsä perusteella ole edes toissijaisesti oikeutta saada minkään vieraan valtion kansalaisuutta (KansalaisuusL 9.1 § 4 kohta). Lapsi voi saada Suomen kansalaisuuden myös silloin, jos hänen vanhemmilleen on myönnetty pakolaisasema tai heille on muutoin annettu suojelua kansalaisuusvaltionsa viranomaisia vastaan. Tällöin edellytetään, ettei lapsi voi saada kummankaan vanhemman kansalaisuutta muutoin, kuin rekisteröimällä lapsen syntymä vanhemman kansalaisuusvaltion viranomaisessa tai muulla viranomaisen myötävaikutusta edellyttävällä tavalla. Siinä tapauksessa, että lapsen vanhemmista vain toiselle on myönnetty kansainvälistä suojelua, edellytetään, ettei lapsella ole syntymänsä perusteella edes toissijaisesti mahdollisuutta saada toisen vanhemman kansalaisuutta (KansalaisuusL 9.2 §).

Useat kansainväliset sopimukset asettavat valtioille vahvan velvoitteen ja turvaavat ihmisten oikeutta kansalaisuuteen. Kansainvälisillä sopimuksilla pyritään välttämään tilanteet, joissa henkilö jäisi ilman kansalaisuutta. Lapsen kohdalla erityisen merkityksellinen on lapsen oikeuksien sopimuksen 7 artikla, joka edellyttää lapsen syntymän rekisteröimistä ja turvaa lapselle oikeuden kansalaisuuteen.⁸⁶ On kuitenkin syytä huomata, ettei kansalaisuuden edellytyksiä säädellä kansainvälisesti, vaan perusteet määritellään aina kansallisessa lainsäädännössä.⁸⁷ Kansalaisuuteen liittyviä kysymyksiä ei tutkielmassa paneuduta tämän tarkemmin. On kuitenkin syytä korostaa, että lasten kohdalla kansalaisuudettomuuden estäminen on nähty kansainvälisen oikeuden tavanomaisoikeudelliseksi normiksi, jolloin tulee noudattaa *jus soli* (kansalaisuus syntymän perusteella) periaatetta, jos lapsi muutoin jäisi kansalaisuudettomaksi.⁸⁸

⁸⁶ Ks. kv-sopimuksista ja 7 artiklasta tarkemmin *Ziemele* 2007, s. 3–16.

⁸⁷ *Aer* 2016, s. 26.

⁸⁸ Ks. *Ziemele* 2007, s. 16.

2.3. Lapsi oikeuksien haltijana ja diskurssin kohteena

Lapsi on juridisten oikeuksiensa haltija (*right-holder*).⁸⁹ Lapsen oikeuksien yleissopimuksessa vahvistetut oikeudet kuuluvat lapselle heti syntymästään lähtien ja lapsi on myös oikeutettu erityisiin suojelutoimenpiteisiin oikeuksien toteutumiseksi. Eri kehitysvaiheissa lapsi tarvitsee eriasteista suojelua, varautumista, ennaltaehkäisyä ja osallisuutta.⁹⁰ Lapsen oikeuksien komitea on todennut, että kaikki alle 18-vuotiaat on katsottava haavoittuviksi, kunnes heidän hermostollinen, henkinen, sosiaalinen ja ruumiillinen kasvunsa on päättynyt. Erityisesti vauvat ja pienet lapset ovat muita suuremmassa vaarassa aivojensa kehittymättömyyden vuoksi ja siksi, että ovat täysin riippuvaisia aikuisista.⁹¹ Oikeuksien toteutumisen kannalta varhaislapsuus nähdään erityisen kriittiseksi ajankohdaksi.⁹² Lapsen oikeuksien komitea on yhdenmukaisesti ilmaissut valtioille tarpeen määritellä kaikkein haavoittuvaisimmat ja vähäosaisimmat lapset, jotta tällaisetkin lapset saisivat nauttia sopimuksen turvaamista oikeuksista.⁹³

Toisaalta aikojen saatossa on jopa esitetty näkökulmia, ettei lapsella tulisi olla oikeuksia; perusvapauksien turvaaminen lapselle, ennen kuin hän saavuttaa kyvyn suojella elämäänsä, olisi julmaa. Tämän taustalla on ajatus siitä, että oikeudet ovat liian tärkeitä ja niillä on liian määräävä vaikutus, jos ne kuuluvat sellaiselle, joka ei ole kykenevä säilyttää ja käyttää niitä.⁹⁴ Lapsen oikeuksien sopimus on kuitenkin muuttanut merkittävästi lähestymistapaa lapsen oikeuksiin ja lisännyt tietoisuutta lapsen oikeuksista, sillä sopimus tunnustaa nimenomaisesti lapselle kuuluvat oikeudet. Sopimusartiklojen muotoilu oikeuksien muotoon lujittaa lapsen ihmisyyden tunnustamista yksilönä, joka on itsessään kehityksen ja täyttymyksen arvoinen.⁹⁵

Lapsen asema oikeuksien haltijana on välttämätöntä tunnistaa silloinkin, kun hän on perheensä yhteydessä. Tämä ehkäisee sitä, että lasta ei nähtäisi vain objektina ja osana perhettä

⁸⁹ CRC/C/GC/7, kohta 3. Ks. lapsen oikeuksien luonteesta esim. *van Bueren* 1995, s. 1–6; *Eekelaar* 1992, s. 221–235.

⁹⁰ *van Bueren* 1995, s. 50.

⁹¹ CRC/C/GC/13, kohta 72f.

⁹² CRC/C/GC/7, kohta 6. Varhaislapsuuden määritelmäksi komitea on ehdottanut ajanjaksoa kahdeksaan ikävuoteen saakka.

⁹³ *Hodging – Newell* 2007, s. 27.

⁹⁴ *Archard* 2001, s. 52.

⁹⁵ *Eekelaar* 1992, s. 234.

yksilön ja subjektin sijaan. Tällöin on helpompi havaita, että lapsellakin voi olla tarve erityiselle suojelulle ja hänellä voi muista perheenjäsenistä erillisiä väitteitä.⁹⁶ Tämän näkökulman merkitys korostuu erityisesti turvapaikkaprosessissa, jos lapsi on saapunut vanhempiensa mukana. Perheensä yhteydessä olevat lapset ovat usein ylenkatsottuja turvapaikkaprosessissa, minkä seurauksena lapsen vaatimukset helposti sekoitetaan ja yhdistetään vanhempien vaatimuksiin. Tällöin jos vanhempien vaatimukset hylätään, lapsenkin vaatimukset saattavat tulla hylätyksi automaattisesti ilman erillistä harkintaa.⁹⁷ Huonoin tilanne on vanhempien turvapaikkaprosessin jälkeen syntyneillä lapsilla. Tällaisista lapsista voi tulla väliinputoajia, jotka ovat suuressa vaarassa tulla palautetuksi ilman, että statusta tutkittaisiin lainkaan. Lapsia ei siis tulisi nähdä vain vanhempien omaisuutena tai lempeyden kohteina, vaan yksilöinä, joilla voi olla yksilöllisiä tarpeita, vaatimuksia ja perusteita suojelulle.⁹⁸

Lapsen oikeuksista puhuttaessa, esiin nousee helposti erot lapsen ja aikuisen välillä. Heitä verrataan keskenään. Esimerkiksi lapseen kohdistuvien väärinkäytösten valikoima ei ulotu niin laajalle kuin aikuisilla, sillä aikuisilla – toisin kuin lapsilla – on kyky tehdä valintoja, jotka tulisi tunnustaa ja joille tulisi saada suojaa.⁹⁹ Erot nousevat usein esiin myös kansainvälisen suojelun kontekstissa, kun monet turvapaikkaperusteet (esimerkiksi poliittinen miellipide) eivät ole sovellettavissa lapsiin. Lapset kuitenkin voivat kokea useita samoja vainon muotoja kuin aikuisetkin: kuoleman vaara, kidutus ja epäinhimillinen kohtelu, vapaudenriisto, kidnappaukset ja seksuaalinen väkivalta. On tärkeää huomata, että lapset voivat kokea myös sellaisia vainon muotoja, jotka eivät kohdistu hänen vanhempiinsa. Näitä ovat esimerkiksi tyttöihin kohdistuva sukuelinten leikkaaminen (FGC)¹⁰⁰, lapsenmurhat, lapsityöhön pakottaminen, lapsipornografia, seksuaalinen hyväksikäyttö, lapsiavioliitot, ruumiillinen kuritus ja sotilaallinen värväys. Lapselta voidaan kieltää koulutus, hänet voidaan erottaa vanhemmistaan syrjivien huoltajuutta koskevien lakien vuoksi tai häntä voidaan syrjiä laittoman lapsen asemassa syntyneenä.¹⁰¹ Kuitenkin ainoastaan sen korostaminen, mitä lapselta puut-

⁹⁶ Pobjoy 2017, 116–122. Ks. myös Thorburn Stern 2015, s. 250.

⁹⁷ Pobjoy 2017, s. 46, 49–50. Ks. Bhabha 2003, s. 266–269, joka korostaa lapsen yksilöllisyyttä turvapaikkaprosessissa.

⁹⁸ Sandberg 2015, s. 222.

⁹⁹ Archard 2001, s. 46–48.

¹⁰⁰ Myös FGM ”female genital mutilation”. Tutkielmassa on käytetty lyhennettä FGC ’female genital cutting’, sillä sen on tulkittu olevan neutraalimpi verrattuna provokatiiviseen FGM -termiin. Ks. Tobin 2012, s. 315–317; Pobjoy 2017, s. xli.

¹⁰¹ Pobjoy 2017, s. 116–122.

tuu verrattuna aikuiseen, saattaa johdattaa meidät sivuuttamaan tai laiminlyömään lapsuuteen liittyvät erityiset oikeudet ja olosuhteet.¹⁰² Niinpä lapsien ja aikuisten välisiä eroja ei tulisi liiaksi korostaa, eikä lapsia ei tulisi nähdä vain miniatyyri aikuisina.¹⁰³

Lapsuutta ja lapsen oikeuksia koskevalla diskurssilla on omat haasteensa. Lapsi nähdään luonnollisesti viattomana ihmisenä ja haavoittuvassa asemassa.¹⁰⁴ Viattomuus ja haavoittuvuus usein sekoitetaan keskenään ja niitä saatetaan käyttää synonyymeinä.¹⁰⁵ Lapsuudesta ja lapsen oikeuksia koskevasta diskurssista voi tulla helposti moraaliretoriikkaa – lapsesta tulee perustelu itsessään. Jos tätä vaaraa ei tiedosta, voidaan pelkkää lapsen asemaan vetoamista käyttää laillistamaan ja oikeuttamaan erilaisia käytäntöjä ja mielipiteitä. Tämä häivyttää tarpeen perustella tarkemmin, sillä lapset itsessään ovat perustelu. Retoriikasta voikin siis tulla erityinen moralisoinnin muoto, missä lapsen nimissä olevien asenteiden ja käytäntöjen oikeuttaminen voi toimia keinona edustaa itseä moraalisenä ihmisenä.¹⁰⁶ Taustalla voidaan tunnistaa ajatus siitä, että lapset nähdään muita ”sympaattisempina”, minkä vuoksi heitä voidaan pitää oikeutetumpana apuun ja tukeen.¹⁰⁷ Koska lapsilla itsellään ei ole kykyä puolustaa itseään, nähdään lasten puolesta puhuminen merkinä moraalisesta ja huolehtivasta henkilöstä.¹⁰⁸ Seuraavassa näitä lapsioikeusdiskurssin liittyviä erityispiirteitä tarkastellaan hieman lähemmin.

2.4. Lapsen ihmisoikeudet ja niiden puolustamisen haasteet

2.4.1. Ihmisoikeudet ja oikeusdiskurssi

Ihmisoikeuksien ydinajatus on se, että ne ovat oikeuksia, jotka kuuluvat ihmiselle siksi, että hän on ihminen. Oikeudet ovat myös kaikille ihmisille yhtäläiset ja luovuttamattomat. Ihmisoikeuksia ei voi riistää, riippumatta siitä, kuinka julmasti henkilö käyttäytyisi tai kuinka brutaalisti häntä kohdellaan. Ihmisoikeuksia voidaan toisaalta myös luonnehtia sosiaalisiksi

¹⁰² Archard 2001, s. 45. Lasta ei tulisikaan nähdä ainoastaan haavoittuvaisena, vaan myös kyvykkäänä toimijana omassa elämässään. Ks. Sandberg 2015, s. 246.

¹⁰³ van Bueren 1995, s. 50.

¹⁰⁴ Viime vuosina lapsista on alettu puhua sen mukaan, millaisessa tilanteessa he ovat tai elävät sen sijaan, että lapsia ryhmiteltäisiin heidän ominaisuuksiensa perusteella: esimerkiksi ”katulapsien” sijaan puhutaan ”lapsista, jotka elävät kadulla”. Tämä lähestymistapa muuttaa näkökulmaa ja korostaa, että kyseessä nimenomaan lapsi, jonka elinolosuhteet muuttuvat. Ks. Sandberg 2015, s. 235 ss.

¹⁰⁵ Meyer 2007, s. 89–91, 102. Vrt. haavoittuvuuden osalta Fineman 2008, s. 8–15.

¹⁰⁶ Meyer 2007, s. 102.

¹⁰⁷ Tarvainen – Hautala 2018, s. 345.

¹⁰⁸ Ks. lapsuutta käsittelevästä retoriikasta Meyer 2007, s. 98–103.

käytännöiksi, joilla toteutetaan niiden taustalla olevien arvoja. Oikeuksia ei kuitenkaan tule sekoittaa niiden taustalla oleviin arvoihin tai pyrkimyksiin tai oikeuden takaaman suojan kanssa.¹⁰⁹

Ihmisoikeusdiskurssin luonnetta – erityisesti silloin, kun sen kohteena ovat lapset – voidaan havainnollistaa *Güntherin* luoman ajatusmallin avulla.¹¹⁰ Ihmisoikeusdiskurssi ja ihmisoikeuksien muodostuminen voidaan ymmärtää prosessina, joka alkaa yksilön eli uhrin negatiivista kokemuksista: kivusta, kärsimyksestä ja pelosta.¹¹¹ Kokemusten johdosta yksilö kadottaa ”äänensä”¹¹², sillä kukaan ei kuuntele kärsimyksistään kertovaa yksilöä.¹¹³ Syynä voi olla, ettei hänen negatiivisista kokemuksistaan välitetä tai muut ihmiset voivat kieltää sen, että kyse ylipäänsä olisi negatiivista kokemuksista. Muut voivat myös ajatella sen olevan vain epäonnea tai uhrin omaa syytä.¹¹⁴ Olennaista kuitenkin prosessin aikana on, että yksilön epäoikeudenmukaisuus tunnustetaan sen sijaan, että uhri ja hänen väitteet epäoikeudenmukaisuudesta suljettaisiin ulkopuolelle. Ihmisoikeudet voidaan nähdä siis prosessin tuloksena, jossa negatiiviset kokemukset aiheuttavat uhrille ensin ”äänen” menetyksen, mutta ”ääni” saadaan lopulta takaisin ja ihmisestä tulee aktiivinen toimija suhteessa muihin ihmisiin. Lopulta tärkeintä ei ole niinkään se, millainen negatiivinen kokemus on taustalla tai millaisesta epäoikeudenmukaisuudesta on kyse, vaan se, miten loukatun ”ääni” saadaan kuuluville.¹¹⁵

Tämä näkökulma tuo meidät keskeisen lapsen ihmisoikeuksiin liittyvän haasteen äärelle. *Güntherin* ajatuksen ydin on mielestäni se, että ihmisoikeuksien sisältö ja niiden toteutuminen ovat aina kytköksissä sosiaaliseen toimintaan, jota pidetään tuskallisena tai nöyryyttävänä. Kyse on siis yksilöistä, jotka ensin kärsivät ja sitten vaativat vääränlaisen kohtelun

¹⁰⁹ *Donnelly* 2013, s. 10–11. Esimerkiksi ihmisoikeuksien takaama suoja mielivaltaista teloitusta vastaan ei tarkoita muuta, kuin hallituksen haluttomuutta suorittaa teloitusta. Oikeuden aktiivisella suojaamisella ei sinänsä ole merkitystä oikeuden kanssa, jos oikeutta ei noudateta.

¹¹⁰ On syytä huomata, että tämä on vain yksi tapa hahmottaa ihmisoikeusdiskurssia. Lähestymistapa soveltuu hyvin lapsia koskevaan diskurssin tarkasteluun, sillä lapset itse voidaan nähdä tuossa diskurssissa lähinnä vain passiivisessa roolissa.

¹¹¹ *Günther* 1999, s. 123, 134. ”The idea of human rights emerges from the rejection of pain and humiliation, caused by the state or by an overwhelming social power, as an injustice”

¹¹² ”Ääni” on *Güntherin* mukaan yksilöllinen ominaisuus ja sitä tulee käyttää sen, joka sen omistaa, mutta toisaalta ”ääni” tulee ymmärtää myös metaforana, jolloin sitä sovelletaan myös hiljaisiin ja tuleviin sukupolviin. Ks. *Mts.* 134–135.

¹¹³ *Günther* 1999, s. 123.

¹¹⁴ *Günther* 1999, s. 134. Ks. epäonnen ja epäoikeudenmukaisuuden välisestä erosta. *Mts.* 131–133.

¹¹⁵ *Günther* 1999, s. 134–135. Kuitenkaan kaikenlaiset subjektiiviset epäoikeudenmukaiset kokemukset eivät johda ihmisoikeuksiin. *Mts.* 125.

lopettamista. Kun tätä lähestymistapaa sovelletaan lapsen oikeuksiin, kyse ei ole tässä yhteydessä siitä, että lapsille oltaisiin perustamassa tai vaatimassa uusia ihmisoikeuksia. Kyse on sen sijaan siitä, miten jo ”paperilla tunnustettuja” ihmisoikeuksia edistetään, ja miten ne lopulta toteutuvat ja tulevat tunnustetuksi käytännössä.¹¹⁶ Miten huomio saadaan kiinnittymään lapsiin ja heidän kohteluun, kun lapset eivät saa omaa ääntä kuuluviin yhteiskunnassa? Pikkulapset eivät osaa vaatia itselleen parempaa kohtelua. Heitä, jotka heidän puolestaan vaativat, ei välttämättä kuunnella tai oteta tosissaan.¹¹⁷

2.4.2. Näkökulma oikeuden luonteeseen

Eräisiin oikeuksiin (*claim-rights*) voidaan liittää yhtenä keskeisenä tekijänä niiden yhteys väitteisiin.¹¹⁸ Tällaiset oikeudet voidaan nähdä erityisen vahvoina, sillä ne synnyttävät velvollisuuksia muille ihmisille. Tätä voidaan kutsua oikeuden aktiiviseksi ja performatiiviseksi (toiminnalliseksi) luonteeksi.¹¹⁹ Oikeuteen voi vedota se, jolla on siihen kelpoisuus tai joka puhuu tällaisen henkilön nimissä.¹²⁰ Vaatimus voidaan esittää siis vain sen toimesta, jolla on kyseinen oikeus. Tätä voidaan havainnollistaa *Feinbergin* ideaan pohjautuvan esimerkin avulla: jos A:lla on B:n 5 euron seteli hallussaan, ainoastaan B voi vaatia rahaa omakseen, ja jokainen sivullinen voi ainoastaan esittää väitteen siitä, että seteli kuuluu B:lle. Näillä kahdella väitteellä on siis selkeä ero: “One important difference then between *making legal claim to* and *claiming that* is that the former is a legal performance with direct legal consequences whereas the latter is often a mere piece of descriptive commentary with no legal

¹¹⁶ Esimerkiksi LOS:een liittymisen yhteydessä Suomessa ajateltiin, ettei sopimus muuttaisi juuri mitään suomalaisessa järjestelmässä. Vielä kahdenkymmenen vuoden jälkeenkin todettiin, ettei sopimuksen merkitystä Suomessa täysin tunnettu. Ks. *Hakalehto-Wainio* 2011, s. 510–511.

¹¹⁷ Ks. esim. *Hakalehto* 2017, s. 494, joka toteaa, ettei lapsiasiavaltuutetun, lapsijärjestöjen ja tutkijoiden esiin nostamia LOK:n näkemyksiä huomioida lainsäädäntöhankkeiden yhteydessä. Esimerkiksi lapsen etua ei vielä kukaan ole kirjattu perusopetuslakiin (21.8.1998/628), eikä nimilain uudistuksen yhteydessä lapsen edun ensisijaisuutta kirjattu etu- ja sukunimilakiin (19.12.2017/946).

¹¹⁸ *Feinberg* 1980, s. 153. Esim. oikeus perusteltuun päätökseen tai oikeus syrjimättömyyteen, joiden toteuttaminen edellyttää toimenpiteitä mm. viranomaiselta. Vrt. *Hart* 1955, 175–176, joka liittää oikeuden ominaispiirteeksi henkilön oman tahdon: henkilöllä on vapaus valita käyttääkö hän oikeuden suomaan valtaa vai ei.

¹¹⁹ *Günther* 1999, s. 135.

¹²⁰ Vrt. keskusteluun eläinten oikeuksista. Eläimille ei ole myönnetty *juridisia oikeuksia*, sillä ”modernissa oikeudessa oikeudet ja velvollisuudet on katsottu ihmisten välisiksi suhdeverkostoiksi.” Esimerkiksi henkilön omistusoikeus ei määrity henkilön ja esineen välisen suhteen perusteella, vaan henkilön suhteesta muihin ihmisiin. Eläimet nähdäänkin *oikeusobjekteiksi* (eli ihmisten oikeuksien ja velvollisuuksien kohteiksi) yhdessä auton tai kiinteistön kanssa. Tätä havainnollistaa se, että eläinsuojelulainsäädäntö on toteutettu ihmisiin kohdistuvina kieltoina. Ks. *Kurki* 2013, s. 436–438. Ensimmäisenä näkökulmia eläinten oikeuksiin nosti esille *Aarnio* 2005 s. 5–10.

force.”¹²¹ Näistä ensimmäinen, *making legal claim* viittaa siis tilanteeseen, jolloin ihmisellä on jo jokin oikeus, jonka toteutumista vaaditaan. Sellainen oikeus, jota ei voida vaatia, näyttäytyykin hyvin epätäydellisenä, sillä vain henkilön oma toiminta (*making legal claim to*) voi itsessään saada asiat tapahtumaan.¹²²

Väite oikeuden olemassaolosta ja vaatimus sen tunnustamisesta¹²³ on myös edellä luonnehditussa Güntherin prosessissa edellytys sille, että loukatun ääni tulee kuuluville. Oikeus vaatia oikeuden tunnustamista on erityisen tärkeä, koska: ”if one begged, pleaded, or prayed for recognition merely, at best one would receive a kind of beneficent treatment easily confused with the acknowledgment of rights, but in fact altogether foreign and deadly to it.”¹²⁴ Tämä ei kuitenkaan yksistään riitä. Lasten kohdalla haasteen aiheuttaakin se, että heille on suotu yhtä lailla tällainen oikeus (kuten kaikille ihmisille), mutta heidän äänensä on hiljainen. Joissain tilanteissa – esimerkiksi juuri vauvaikäisten lasten kohdalla – sitä ei ole lainkaan. Lasten äänellä puhuvat ne, jotka yrittävät puhua lasten puolesta. Feinbergin mukaan sillä on kuitenkin suuri ero, vaatiiko henkilö oikeuttaan itse (esittää siis väitteen) vai tekeekö sen joku hänen puolestaan.¹²⁵

Jos luonnehditaan lyhyesti väitteen laatua, niin väitteen ja oikeuden välillä tulisi olla myös läheinen yhteys. Väitteen voi luokitella ”oikein” perustelluksi (*”right” justified*), oikeuteksi (*justifiable*), tunnustetuksi (*recognised*) tai päteväksi (*valid*) väitteeksi. Riippumatta siitä, millaista sanamuotoa käytetään, on tärkeä tiedostaa, että väite ilman pätevyyttä (*validity*) jää pelkäksi vaatimukseksi, kuin ”maantierosvolla, joka vaatii rahoja ilman oikeutusta”.¹²⁶ Oikeuksia koskevat vaatimukset esitetään tyypillisesti poliittisessa keskustelussa, joka on puolestaan sidoksissa ihmisoikeuksiin, ja toisaalta poliittinen prosessi on se, joka luo tällaiset oikeudet.¹²⁷ Lapset itse ovat näiden keskustelujen ja prosessien ulkopuolella.

¹²¹ Feinberg 1980, s. 150.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Feinberg 1980, s. 141–142.

¹²⁴ Feinberg 1980, s. 141.

¹²⁵ Feinberg 1980, s. 150.

¹²⁶ Feinberg 1980, s. 152.

¹²⁷ Günther 1999, s. 138–139. Vrt. Dworkin 1977, s. xi: ”Individual rights are political trumps held by individuals. Individuals have rights when for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying the what they wish.”

2.4.3. *Lapsioikeusdiskurssin haasteet*

Ihmisoikeuspuheesta on vaarana tulla pelkkää kakofoniaa vailla johdonmukaista, oikeudellista argumentaatiota. Tämä vaara piilee erityisesti silloin, kun kyse on lapsen ihmisoikeuksista. Onkin helppoa väittää, että lapsella on yhtäläiset ihmisoikeudet ja ottaa kantaa niiden tulkintaan ja sisältöön, sillä näin tehdessään puhuja tuntee kokevan oman roolinsa tärkeäksi ja palvelevansa jotain suurempaa tarkoitusta, sillä lapset eivät itse ole kykeneviä puolustamaan itseään. Lapsen puolesta puhuminen voikin siis sokaista siinä mielessä, että koska kohteena on avuton, tunteisiin vetoava lapsi, oikeudellinen argumentointi voi jäädä toissijaiseksi. Pahimmassa tapauksessa perusteluiksi voidaan hyväksyä pelkästään se, että kohteena on lapsi, jonka oikeuksia täytyy suojella.

Kuten edellä todettiin, vaatimukset, jotka esitetään lapsen puolesta, saattavat jäädä usein vain kuvaileviksi kommentteiksi vailla oikeudellista tehoa. Oikeuksiin liittyvää retoriikkaa on kritisoitu siitä, ettei sillä ole niin paljon voimaa, kuin väitetään olevan: ihmisoikeusdiskurssilla on vaarana taantua vain pelkäksi ihmisoikeuspuheeksi, jolla oikeutetaan vallitsevat olosuhteet, eikä institutionalisointi tai oikeuskäytäntö riitä aina estämään tätä.¹²⁸ Tämä on erityinen haaste myös tutkijalle, joka haluaa nostaa esiin lapsen oikeuksiin liittyviä epäkohtia.

Lapsioikeusdiskurssiin osallistuvat eivät ole itse kaltoin kohtelun tai negatiivisten kokemusten uhreja. Luulen, että oikeusdiskurssilla voisi olla tehokkaampi vaikutus silloin, kun siinä on mukana ”äänensä” takaisin saaneet, negatiivisista kokemuksista selvinneet yksilöt. Kaltoin kohtelun uhri ja hänen negatiiviset kokemukset eivät ole täysin merkityksettömiä ihmisoikeusdiskurssissa: ne tuovat keskusteluun myös niiden kärsineiden henkilöiden subjektiivisen näkökulman. Tällainen tilanne vallinne harvoin lapsioikeusdiskurssissa.¹²⁹ Subjektiivisten kokemusten puute voi näkyä myös aikuisväestöä koskevassa ihmisoikeusdiskurssissa, silloin kun keskusteluun osallistuvat pääasiassa vain asiantuntijat. Erona kuitenkin lapsioikeusdiskurssiin on, että yleisessä ihmisoikeusdiskurssissa uhreilla (esimerkiksi rotusyrjintää kokenut väestö) on potentiaalinen mahdollisuus saada äänensä kuuluville.¹³⁰

¹²⁸ Ks. Koskenniemi 1999, s. 99–116.

¹²⁹ Lasten potentiaalia saada ääntään kuuluville ei kuitenkaan tulisi missään nimessä aliarvioida. Tästä hyvä esimerkki on 15-vuotias ruotsalainen ilmastoaktivisti, *Greta Thunberg*, joka piti puheen Katowicin ilmastokokoukseen joulukuussa 2018.

¹³⁰ *Güntherin* teoriaan nojautuen keskustelu on ainakin alun perin herännyt heidän aloitteestaan.

Lapsioikeusdiskurssista puuttuukin lasten subjektiivinen näkemys lähes kokonaan.¹³¹ Tällöin (esimerkiksi oikeuden loukkauksia tai kaltoin kohtelua koskevien) vaatimusten luonne korostuu: onko kyse pelkästään ”maantierosvon vaatimuksista”, jotka esitetään vain, koska kyse on lapsesta, vai onko kyse vaatimuksista, joille löytyy oikeudellista tukea.

Lapsioikeusdiskurssin ominaisuus ja haaste ovat se, että lasten aito ääni ja heidän kokemuksensa voivat puuttua keskustelusta kokonaan. Yksi näkökulma keskusteluun voisi ollakin, ettei oikeuksia ainoastaan pyritäisi sovittaa yhteen todellisuuden kanssa, vaan myös problematisoimaan sitä todellisuutta, johon lapset on sovitettu tai mihin todellisuuteen heidät sovitetaan.¹³² Näkökulma näkyy myös tässä tutkielmassa. Lisäksi on tärkeä tiedostaa, että tarkkaan ottaen lapsen oikeuksien sopimuksessa tunnustetut lapsen intressit heijastavat aikuisten käsitystä lasten intresseistä, mitä myös aikuiset viimekädessä tulkitsevat ja selittävät.¹³³ Lapsen intressejä ja oikeuksia selitetään myös lapsuutta koskevan sosiologian, psykologian ja antropologian avulla, mutta oikeuksia ei tulisi asettaa riippuvaiseksi myöskään pelkästään näistä, koska nämäkin ovat yksinomaan aikuisten ohjaamia aloja.¹³⁴ Vaikka lasten näkemys heidän intresseistään tai oikeuksistaan puuttuisivatkin, on kuitenkin tärkeää pitää keskustelua yllä lapsen oikeuksien tulkinnasta. Lapsioikeusdiskurssin näkökulmasta onkin välttämätöntä kyseenalaistaa myös vakiintuneita käytänteitä. Ovatko ne todella lapsen intressien ja etujen mukaisia ja miten ne on määritelty? Koska subjektiiviset kokemukset puuttuvat, on tärkeää, että erilaisiin tulkintoihin johtavat perustelut säilyvät avoimina. Vaikka lapsen oikeudet kuuluvat lapselle juuri siksi, että hän on lapsi, ei tämä riitä perusteluksi, kun esitetään lapsen oikeuksia koskevia tulkintoja ja kannanottoja.

¹³¹ LOS 12 artikla kuitenkin velvoittaa sopimusvaltiota takaamaan, että lapsi voi vapaasti ilmaista näkemyksensä häntä koskevissa asioissa. Jos keskustelun kohteena ovat pikkulapset heiltä puuttuu luonnollisesti kyky ilmaista itseään, mikä tarkoittaa, että keskustelua käyvät vain aikuiset.

¹³² Cordero Arce 2012, s. 367.

¹³³ Tobin 2013, s. 414.

¹³⁴ Cordero Arce 2012, s. 367.

3. LAPSEN KÄÄNNYTTÄMINEN

Ulkomaalaisen maasta poistamismenettelyä koskevat säännökset ovat ulkomaalaislain 9 luvussa. Maasta poistamismenettelyjä ovat käännättäminen (UlkomL 148 §), karkottaminen (UlkomL 149 §) tai vaatimus siirtyä toiseen EU-jäsenvaltioon (UlkomL 149b §). Maasta poistamisesta käytetään myös yleiskäsitettä palauttaminen, joka kattaa kaikki palautusdirektiivin mukaiset maasta poistamispäätöksen täytäntöönpanomuodot.¹³⁵ Palauttamisella¹³⁶ tarkoitetaan maasta poistamismenettelyä, jonka aikana päätöksen saanut kolmannen maan kansalainen poistuu maasta vapaaehtoisesti tai hänet poistetaan maasta alkuperämaahansa.¹³⁷ Määritelmä vastaa sisällöltään palautusdirektiivin¹³⁸ 3 artiklan mukaista määritelmää. Tässä luvussa keskitytään maasta poistamismenettelyistä ainoastaan ulkomaalaisen käännättämiseen.

Käännättämisen ja siihen liittyvän kokonaisharkinnan ohella tässä luvussa tutkitaan myös Maahanmuuttoviraston teknistä käännättämistoimenpidettä. Teknistä käännättämistoimenpidettä analysoidaan niin vireilletulon kuin hallintopäätöksen näkökulmasta. Lisäksi arvioidaan oikeutta perusteltuun päätökseen ja oikeussuojakeinojen tehokkuutta suhteessa teknisen käännättämistoimenpiteeseen. Luvun lopussa pyritään etsimään ratkaisuja lapsen käännättämiseen liittyviin menettelyllisiin kysymyksiin.

3.1. Käännättäminen

Käännättämiselle on ulkomaalaislaissa neljä erisisältöistä määritelmää (UlkomL 142 §). Tutkielmassa huomion kohteena on ulkomaalaislain 142.2 §:n 4 kohdan mukainen käännättäminen, joka tarkoittaa ilman oleskelulupaa maahan saapuneen ulkomaalaisen maasta poistamista, jos hänelle ei maahan saapumisen jälkeen ole myönnetty oleskelulupaa tai oleskelupakorttia tai jos hänen oleskeluoikeuttaan ei ole maahan saapumisen jälkeen rekisteröity ulkomaalaislaissa säädetyllä tavalla.

¹³⁵ HE 134/2013 vp., s. 18.

¹³⁶ Huom. mediassa usein esiintyy myös termi ”pakkopalautus”. Tällä tarkoitetaan ulkomaalaisen karkottamista tai käännättämistä, joka pannaan täytäntöön viranomaistoimin. Suhtaudun kriittisesti tällaisen termin käyttöön sen negatiivisesti leimautuneen sävyn vuoksi. On huomattava, että aina kun henkilö ei noudata viranomaisen päätöstä vapaaehtoisesti, voidaan vaaditut toimet panna täytäntöön viranomaisen toimesta.

¹³⁷ Palautuksen perusteena voi olla käännättämis-, pääsyn epäämis- tai karkottamispäätös ja henkilö voidaan palauttaa myös kauttakulkumaahansa takaisinottosopimuksen nojalla tai henkilön halutessaan myös muuhun kolmanteen maahan.

¹³⁸ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2008/115/EY jäsenvaltioissa sovellettavista yhteisistä vaatimuksista ja menettelyistä laittomasti oleskelevien kolmansien maiden kansalaisten palauttamiseksi.

Ulkomaalainen voidaan käännättää, jos hän on tullut maahan ilman oleskelulupaa ja oleskelu Suomessa edellyttäisi viisumia tai oleskelulupaa, mutta ulkomaalainen ei ole sitä hakenut tai sitä ei ole myönnetty. Tämän ohella ulkomaalaislakiin (UlkomL 148 §) on säädetty yksitoista muutakin edellytystä käännättämiselle. Nämä eivät ole toisiaan poissulkevia, ja voi olla mahdollista, että henkilöön sovelletaan useita perusteita samanaikaisesti.¹³⁹

Käännättämisestä päättävä viranomainen voi tilanteesta riippuen olla poliisi, rajatarkastusviranomainen tai Maahanmuuttovirasto. Jos ulkomaalainen ei täytä maahantulon tai maassa oleskelun edellytyksiä, on poliisin ja rajatarkastusviranomaisen ryhdyttävä toimenpiteisiin ulkomaalaisen käännättämiseksi, ja päätös on tehtävä kolmen kuukauden kuluessa maahantulosta (UlkomL 151 §). Jos maahantulosta on kulunut yli kolme kuukautta tai jos ulkomaalainen on hakenut oleskelulupaa kansainvälisen tai tilapäisen suojelun perusteella, päättää tällöin Maahanmuuttovirasto ulkomaalaisen käännättämisestä (UlkomL 152 §). Jos Maahanmuuttovirasto hylkää turvapaikanhakijan kansainvälistä suojelua koskevan hakemuksen, tekee se samalla päätöksen myös ulkomaalaisen käännättämisestä, mikäli ulkomaalaisella ei ole perusteita tai edellytyksiä saada oleskelulupaa jollain muulla perusteella.¹⁴⁰

3.2. Käännättämisen kokonaisharkinta

Käännättämisestä päättävä viranomainen suorittaa päätöksenteon yhteydessä kokonaisharkinnan (UlkomL 146 §). Kokonaisharkinta suoritetaan kaikissa maasta poistamisen muodoissa, ja siinä tulee ottaa huomioon useita asiaan vaikuttavia seikkoja, muun muassa ulkomaalaisen maassa oleskelun pituus ja tarkoitus sekä myönnetyn oleskeluluvan luonne, ulkomaalaisen siteet Suomeen sekä hänen perheeseen liittyvät kulttuuriset ja sosiaaliset siteensä kotimaahan. Myös lapsen etuun tulee kiinnittää kokonaisharkinnassa erityistä huomiota (UlkomL 146.1 §).

Lapsen syntymän merkitystä käännättämispäätöksen kokonaisharkintaan ilmentää hyvin korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisu 2018:141.

¹³⁹ Ks. käännättämisen perusteista tarkemmin *Kallio* 2018, s. 462–470.

¹⁴⁰ Oleskelulupaperusteita ovat esimerkiksi 51 §:n maasta poistamisen estyminen tai 52 §:n yksilöllinen inhimillinen syy.

Kansainvälistä suojelua koskevassa asiassa oli kysymys siitä, voitiinko vanhemmat käännättää Suomesta, kun heille oli Maahanmuuttoviraston päätöksen jälkeen syntynyt Suomessa lapsi. Lapselle ei ollut tehty erillistä käännätyspäätöstä, eikä lapselle ollut haettu erikseen oleskelulupaa. Korkeimmalle hallinto-oikeudelle osoitetussa valituksessa valittajat vetosivat siihen, ettei hallinto-oikeuden päätöksessä ollut arvioitu lapsen etua riittävästi, eikä valittajia ollut kuultu heidän lapsensa käännättämisestä ennen hallinto-oikeuden päätöstä.

Korkein hallinto-oikeus myönsi valitusluvan ja tutki asian käännättämisen osalta. KHO totesi voivansa tutkia vanhempien valituksen johdosta ainoastaan kysymykset siitä, onko valittajat voitu määrätä käännytettäväksi ja mikä merkitys lapsen syntymällä on kokonaisharkinnassa. KHO huomautti, ettei ulkomaalaislaissa ole säännöksiä siitä, miten käännätyspäätöksen jälkeen perheeseen syntyneen lapsen kohdalla olisi meneteltävä ja viittasi vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan käännättämisestä päättävällä viranomaisella ole lakiin perustuvaa velvoitetta viran puolesta erikseen tehdä lapsen osalta käännättämispäätöstä.¹⁴¹ KHO katsoi, ettei vanhempien käännätyspäätöstä tullut kumota pelkästään sen vuoksi, että päätöksen antamisen jälkeen on syntynyt lapsi, jota päätös ei koske, vaan totesi vanhemmilla olevan mahdollisuus saattaa käännätysasia erikseen lapsen osalta Maahanmuuttoviraston käsiteltäväksi laittamalla hakemusasia vireille lapsen puolesta.

Käännätyssharkinnan osalta KHO arvioi, että vaikka lasten asema ei sinänsä vaikuta vanhempien kansainvälisen suojelun tarpeen harkintaan, on käännätyspäätöksen jälkeen syntynyt lapsi sellainen uusi tosiseikka, jolla voi olla merkitystä lapsen *vanhempaa* (kurs. tässä) koskevassa käännätyksen kokonaisharkinnassa. Käännätyssharkinnassa tulee ottaa huomioon muun muassa lapsen etu, joka tulee arvioida myös muutoksenhakuasteissa. Jotta syntynyt lapsi voidaan ottaa huomioon ja lapsen etu arvioida, tulee vanhempien vedota valituksessaan siihen, että lapsen syntymä edellyttää uutta käännätyssharkintaa. KHO ei siten pitänyt lapsen syntymää sellaisena seikkana, jonka perusteella asia olisi palautettava Maahanmuuttoviraston uudelleen käsiteltäväksi.

Lopuksi korkein hallinto-oikeus arvioi lapsen edun vaikutusta käännätyssharkintaan ja totesi, että lapsen etu on lähtökohtaisesti elää vanhempiensa kanssa, eikä lapsella ollut

¹⁴¹ Ks. KHO 2003:73, jota käsiteltiin tutkielman johdantoluvussa.

syntynyt merkittäviä siteitä Suomeen tai ilmennyt käännättämisharkintaan vaikuttavia terveydellisiä ongelmia. Vanhempien käännättäminen ei siten ollut vastoin lapsen etua.

Käännätysharkinnan kannalta lapsen asema voidaan nähdä kahtalaisena: uutena tosiseikkana vanhempia koskevassa kokonaisharkinnassa tai yksilöllisen käännätysharkinnan kohteena. Tutkielman alussa esiin nostetuissa apulaisoikeusasiamiehen (EOAK/5948/2016) ja KHO:n 2003:73 ratkaisuisissa kysymys oli siitä, voidaanko lapsi käännättää ilman hänelle tehtyä päätöstä ja siten ilman yksilöllistä käännätysharkintaa. Sen sijaan 2018:141 ratkaisussa on vanhempien valituksen johdosta tutkittu vain kysymykset siitä, onko *vanhemmat* voitu määrätä käännätettäväksi ja miten lapsen syntymä vaikuttaa juuri *vanhempien* käännättämisen kokonaisharkintaan. Tapauksien välillä onkin merkittävä ero kysymyksen asettelussa ja lähestymistavassa: KHO:n uudemmassa ratkaisussa lasta katsotaan osana *vanhempien* muutoksenhakuprosessia, kun taas apulaisoikeusasiamiehen ja KHO:n vuoden 2003 ratkaisuisissa lapsi on valittajana – kysymys on lapsesta yksilönä ja hänen oikeuksista käännättämisessä. Kaikissa ratkaisuisissa tunnustetaan se tosiasia, että päätös tehdään silloin, jos lapselle on erikseen haettu oleskelulupaa tai turvapaikkaa.

2018:141 ratkaisussa KHO toistaa myös 2003:73 ratkaisussa todetun näkemyksen, ettei lapsella sinänsä ole vaikutusta vanhempien kansainvälisen suojelun tarpeen harkintaan. On tärkeä huomata, että kansainvälisessä suojelutarpeen arvioinnissa on kysymys siitä, kokevatko vanhemmat kotimaassaan vainoa ja onko heidän turvallista palata lähtömaahansa. Vastasyn-tyneellä lapsella ei luonnollisesti ole vaikutusta näiden kysymysten arviointiin. Lapsen syntymällä voi kuitenkin olla vaikutusta vanhempien käännättämistä koskevassa kokonaisharkinnassa.

Lapsen syntymä voi vaikuttaa vanhempia koskevaan kokonaisharkintaan esimerkiksi silloin, jos lapsen terveydentilassa tapahtuu merkittäviä muutoksia. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa 2019:22 valittajien 10-vuotias lapsi kärsi vaikeiden psyykkisten traumojen aiheuttamaa oireilua, minkä vuoksi asia kumottiin ja palautettiin Maahanmuuttovirastolle oleskeluluvan myöntämiseksi yksilöllisestä inhimillisestä syystä (UlkomL 51 §). Kokonaisharkintaan vaikutti myös Kabulin heikentynyt turvallisuustilanne lapsiperheiden kan-

nalta. Lapsen syntymä voikin ensimmäisen lapsen kohdalla muuttaa myös vanhempien statuksen lapsiperheeksi, jolloin heidän käännättämistä arvioidaan eri tavalla lapsettomaan pariskuntaan verrattuna.

3.3. Maahanmuuttoviraston tekninen käännättämistoimenpide

Silloin jos lapsi on syntynyt vanhemmille osoitetun maasta poistamispäätöksen jälkeen, menettelytavat käännättämisen suhteen ovat erilaiset.¹⁴² Voimassa oleva ulkomaalaislaki ei sisällä säännöksiä tällaisen tilanteen varalta. Maahanmuuttoviraston aikaisemman käytännön mukaan silloin, kun vanhemman hakemus on ratkaistu, eikä vanhemman maasta poistamista ole vielä pantu täytäntöön, tehtiin tällöin lapselle UMA-järjestelmään avattuun käännätysasiaan tekninen käännättämistoimenpide.¹⁴³ Toimenpiteet olivat samat riippumatta siitä, oliko asia tiedoksi annettavana, valitusvaiheessa vai lainvoimainen. Maahanmuuttovirasto perusteli käytäntöään korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisulla 2003:73.

Maahanmuuttoviraston tekemä tekninen käännättämistoimenpide on hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta monin tavoin ongelmallinen. Toimenpiteen suorittamisen suhteen nousee esille useita kysymyksiä. Maahanmuuttoviraston käyttämä nimitys ”tekninen käännätyspäätös” on harhaanjohtava. Kyseessä ei mielestäni ole käännättämispäätös, eikä hallinto-oikeudellisesti arvioituna päätös laisinkaan. Toimenpidettä suorittaessa ei noudateta hallinnolliselle päätöksenteolle ominaista menettelyä, johon kuuluvat muun muassa vireilletulo, kuuleminen ja tiedoksianto. Lisäksi kysymys siitä, turvaako toimenpide riittävällä tavalla oikeutta perusteltuun päätökseen, on myös epäselvä. Seuraavassa näitä ongelmakohtia käsitellään tarkemmin.

3.3.1. Käännättämistoimenpide asian vireilletulon näkökulmasta

Hallinto-oikeudessa on kaksi vireillepanon muotoa – asianosaisaloitteinen ja viranomaisaloitteinen. Viranomaisaloitteisessa vireillepanossa on mahdollista erottaa käsittele-

¹⁴² Ks. *Maahanmuuttovirasto 2019*, s. 41 ss. Maahanmuuttoviraston nykyisen käytännön mukaan huoltajan maasta poistamispäätöksen jälkeen syntyneelle lapselle Maahanmuuttovirasto tekee omasta tai poliisin aloitteesta käännättämispäätöksen, ellei hakemusasiaa muutoin ole saatettu vireille Maahanmuuttovirastossa.

¹⁴³ Maahanmuuttovirasto on kertonut käytännöstään apulaisoikeusasiamiehen antamassa ratkaisussa EOAK/5948/2016, s. 1. Vrt. uusi maastapoistamisohje *Maahanmuuttovirasto 2019*, s. 41 ss.

vän viranomaisen omasta aloitteesta tapahtuva vireillepano ja toisen viranomaisen suorittama vireillepano. Omasta aloitteesta tapahtuvassa vireillepanossa ei ole aina osoitettavissa vireillepanotointoa – asian käsittely voidaan aloittaa esimerkiksi valvontatarkoituksessa hankittujen tietojen pohjalta.¹⁴⁴ Viranomaisaloitteisten asioiden vireilletuloa ei laissa erikseen määritellä. Viranomaisella on kuitenkin julkisuuslain mukaiset velvoitteet kirjata tai muulla tavalla rekisteröidä vireille tulleet asiat. Viranomaisen tulee siis pitää luetteloa käsiteltäväksi annetuista ja otetuista sekä ratkaistuista ja käsitellyistä asioista. Myös viranomaisaloitteisen vireilletulon ajankohdan tulisi olla yksiselitteisesti määriteltävissä.¹⁴⁵ Lähtökohtana on viranomaisaloitteisessa vireilletulossa pidettävä sitä hetkeä, jolloin viranomainen ryhtyy sitä valmistelemaan.¹⁴⁶

Asian vireilläolo katsotaan päättyneeksi, kun asiassa tehdään päätös, josta käy ilmi ratkaisun sisältö. Asian käsittely voi myös loppua ilman nimenomaista päätöstä, jos käsittelystä luovutaan tai käsittely muutoin viranomaisessa loppuu.¹⁴⁷ Viranomaisella ei kuitenkaan ole lainkaan perustuvaa velvoitetta kirjata asian käsittelyn päättymistä tai asian raukeamista. Jos asian käsittely ei pääty hallintopäätökseen, pidetään kuitenkin hyvän hallintotavan mukaisena, että viranomainen tekee merkinnän asian käsittelyn päättymisestä diaariin tai asiakirjahakemistoon.¹⁴⁸

Hallintoasian vireilletuloon ja sen päättymiseen liittyvät periaatteet eivät sovellu Maahanmuutoviraston käännyttämistoimenpiteeseen. UMA-järjestelmään tehtävästä merkinnästä ei voida erottaa ajankohtia, milloin vireilletulo alkaa ja päättyy. Tilanteessa toimenpiteen alku ja loppuajankohtaa ei rekisteröidä esimerkiksi diaariin. Toimenpidettä suorittaessa viranomainen ei myöskään suorita hallintolain mukaista valmistelua (HL 6 luku), eikä selvitä asiaa (HLL 33 §). Toimenpiteestä ei myöskään laadita asianosaiselle tiedoksi annettavaa päätösasiakirjaa (HL 43 §, HLL 51 § ja 53 §). Vaikka käytäntö perustuu korkeimman hal-

¹⁴⁴ Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 121; Mäenpää 2016, s 119–120.

¹⁴⁵ Niemivuo – Keravuori-Rusanen – Kuusikko 2010, s. 199.

¹⁴⁶ Mäenpää 2018, Fokus > Hallinto-oikeus > III HALLINTOMENETTELY JA HYVÄN HALLINNON PERUSTEET > 5. Hallintomenettelyn vireillepano > Asian vireilletulo ja vireilletulon oikeusvaikutukset > Milloin asia tulee vireille viranomaisessa?

¹⁴⁷ Mäenpää 2018 Fokus > Hallinto-oikeus > III HALLINTOMENETTELY JA HYVÄN HALLINNON PERUSTEET > 5. Hallintomenettelyn vireillepano > Asian vireilletulo ja vireilletulon oikeusvaikutukset > Hallintoasian vireilläolon päättymisen.

¹⁴⁸ Mäenpää 2016, 145–146.

linto-oikeuden antamaan ratkaisuun, voidaan toimintatapaa kritisoida tukeutuen oikeuskanslerin opiskelijavalintaa koskevaan ratkaisuun. Ratkaisussaan oikeuskansleri totesi perustuslain takaamaan oikeusturvaan kuuluvan sen, että henkilö saa häntä koskevan päätöksen viranomaisen toimesta ilman erillistä pyyntöä silloin, kun viranomainen käsittelee asian omasta aloitteestaan.¹⁴⁹ Tapaus on rinnastettavissa Maahanmuuttoviraston käytäntöön, koska myös koulutuksen järjestäjä otti asian käsiteltäväkseen omasta aloitteestaan. Opiskelijavalintaa koskevassa tapauksessa käsittely ei päättynyt hallintopäätökseen, kuten ei Maahanmuuttoviraston tekninen käännättämistoimenpidekään.

3.3.2. Käännättämistoimenpide hallintopäätöksenä

Hallintopäätöksen luonnehdinnassa voidaan apuna käyttää luokittelua kolmeen pääryhmään: oikeuksia luoviin, edunsvoviin ja velvoittaviin päätöksiin.¹⁵⁰ Käännättämispäätös kuuluu näistä velvoittaviin päätöksiin ja tarkemmin ilmaistuna: oikeutta rajoittaviin päätöksiin.¹⁵¹ Päätöksessä todetaan, että ulkomaalaisella ei ole oikeutta oleskella maassa, minkä vuoksi hänelle asetetaan velvoite poistua maasta. Hallintopäätöksiä voidaan kuitenkin ryhmitellä usealla eri tavalla riippuen siitä, mitä kriteerejä käytetään. Tyypillisiä ryhmittelyjä ovat myös hallinnon tehtävien ja toimintamuotojen erot tai päätöksen oikeusvaikutukset ja lopputulokset.¹⁵²

Hallintopäätös on annettava kirjallisesti ja siitä on muun muassa käytävä ilmi päätöksen perustelut ja tieto siitä, mihin asianosainen on oikeutettu tai velvoitettu ja kehen päätös kohdistuu (HL 43.1 §, 44.1 § ja HLL 54 §).¹⁵³ Päätöksen luonteelle on ominaista, että sillä on asianosaisen näkökulmasta tiedonvälitystehtävä – päätöksestä on ilmettävä, miten se vaikuttaa asianosaisen oikeusasemaan ja hänen on osattava noudattaa päätöksessä asetettuja mah-

¹⁴⁹ OKV/59/1/2013 s. 10. Tapauksessa oli kyse siitä, ettei lainsäädäntö sisältänyt säännöksiä siitä, tulisiko opiskelijavalinnasta tehdä erillinen päätös. Koulutuksen järjestäjän käytäntönä oli tehdä arviointi opiskelijavalinnasta ja hylätyille hakijoille lähetettiin ainoastaan jälkiohjauskirje.

¹⁵⁰ Niemivuo – Keravuori-Rusanen – Kuusikko 2010, s. 323.

¹⁵¹ Niemivuo – Keravuori-Rusanen – Kuusikko 2010, s. 324. Esimerkiksi päätös velvollisuudesta alistua tahdosta riippumattomaan hoitoon on oikeutta rajoittava.

¹⁵² Mäenpää 2018, Fokus>Hallinto-oikeus>III HALLINTOMENETTELY JA HYVÄN HALLINNON PERUSTEET >8. Päätösvallan käyttö ja hallintopäätös >Hallintopäätösten lajit ja muodot >Hallintopäätösten lajeja.

¹⁵³ Ulkomaalaisasioiden käsittelyssä noudatetaan hallintolakia, jonka 7 luvussa on säädetty tarkemmin päätöksen muodosta, sisällöstä ja perusteluista.

dollisia velvoitteita. Lisäksi päätöksen asiasisällön ymmärtäminen antaa asianosaiselle mahdollisuuden arvioida viranomaisen toimien oikeellisuutta.¹⁵⁴ Päätökset voivat olla muodoltaan hyvinkin vaihtelevia, sillä voimassa ei ole yleisiä säännöksiä päätösten rakenteesta ja niiden systematiikasta.¹⁵⁵

Viranomaisen tekemästä päätöksestä tulee pääsäännön mukaan ilmetä myös perustelut. EU:n perusoikeuskirjan 41 artikla velvoittaa kansalliset viranomaiset perustelemaan päätöksensä, kun ne soveltavat EU-oikeutta.¹⁵⁶ Tämän lisäksi myös 47 artikla kattaa oikeuden perusteltuun päätökseen, vaikka sitä ei nimenomaisesti mainitakaan.¹⁵⁷ Perusteluvelvollisuus ilmenee myös perustuslain 21 §:ssä. Hallintolaissa perusteluista on säädetty 45 §:ssä. Perusteluissa on ilmoitettava, mitkä seikat ja selvitykset ovat vaikuttaneet ratkaisuun sekä mainittava sovellettavat säännökset.¹⁵⁸

Päätöksen perusteluilla on tärkeä tiedonvälitystehtävä.¹⁵⁹ Asianosaisen on saatava tietää, mitkä seikat ovat johtaneet ratkaisun tekemiseen ja lisäksi perustelut antavat myös edellytyksiä harkita muutoksenhaun tarvetta.¹⁶⁰ Perusteluvelvollisuuteen voi olla myös poikkeuksia. Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on katsotut, ettei muutoksenhakutuomioistuimen tarvitse toistaa hyväksymiään argumentteja.¹⁶¹ Yhtäältä EIT on todennut, että alemman asteen viranomaisen tulisi kuitenkin perustella päätös, jotta osapuolet voivat turvautua tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin.¹⁶²

Myös Euroopan unionin tuomioistuin on korostanut perusteluiden esittäminen tärkeyttä. Eri-tyisesti rajoittavien toimenpiteiden kohteeksi joutuneilla tulee voida puolustaa oikeuksiaan parhain mahdollisin edellytyksin ja päättää kaikista asiaan vaikuttavista seikoista tietoisina

¹⁵⁴ Niemivuo – Keravuori-Rusanen – Kuusikko 2010, s. 327.

¹⁵⁵ Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 224.

¹⁵⁶ Mäenpää 2016, s. 317.

¹⁵⁷ Mäenpää 2018 Fokus>Hallinto-oikeus > V OIKEUDENKÄYNTI HALLINTOASIOISSA>7. Päätöksen-teko hallintotuomioistuimessa>Päätöksen sisältö ja perusteleminen>Päätöksen perusteleminen.

¹⁵⁸ Ks. päätöksen perusteluiden sisällöstä tarkemmin Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 227–234.

¹⁵⁹ Niemivuo – Keravuori-Rusanen – Kuusikko 2010, s. 334.

¹⁶⁰ HE 72/2002 vp., s. 100; Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 227; Mäenpää 2016, s. 310.

¹⁶¹ *García Ruiz v. Espanja*, kohta 26.

¹⁶² *Hirvisaari v. Suomi*, kohta 30.

siitä, onko asian saattaminen tuomioistuinten käsiteltäväksi tarpeellista.¹⁶³ Toisaalta perustelujen avulla voidaan varmistaa, että viranomainen on käyttänyt harkintavaltaansa lain ja hallinnon oikeusperiaatteiden mukaisesti sekä toteuttanut hallinnon lainalaisuuden vaatimusta.¹⁶⁴ Perusteluilla on nähty olevan merkitystä myös itse hallintopäätöksen tehneelle viranomaiselle, sillä perusteluvollisuus edistää asian huolellista selvittämistä ja estää myös päätösharkinnassa mielivallan käyttämisen.¹⁶⁵

Hallintolain 45.2 §:ssä säädetään viisi poikkeustilannetta, jolloin perusteluvollisuudesta on mahdollista poiketa. Näistä poikkeuksista ainoastaan 5 kohta on tutkielman aiheen kannalta olennainen. 5 kohdan mukaan perustelut voidaan jättää esittämättä, jos perusteleminen on muusta erityisestä syystä ilmeisen tarpeetonta. Erityisen syyn vaatimuksen on kuitenkin katsottu korostavan perusteluvollisuutta yleisenä lähtökohtana ja perustelujen tarpeettomuutta tulee arvioida ensisijaisesti ja ahtain kriteerein asianosaisen oikeusturvan ja tiedonsaantioikeuden kannalta.¹⁶⁶ Käännyttämisen luonteen ja sen aiheuttamien kauaskantoisten vaikutusten vuoksi, perusteluita ei voida jättää esittämättä 5 kohdan perusteella. Lapsen oikeusturva ja erityisesti oikeus perusteltuun päätökseen on painavampi näkökohta perustelujen tarpeellisuutta harkitessa.

Käännyttämistoimenpide täytyy perustellun päätöksen tunnusmerkkejä. Ensiksikin toimenpide näyttäisi olevan vain järjestelmään tehtävä rutiininomainen *merkintä* lapsen statuksesta, eikä toimen suorittamista viranomainen erikseen perustele. Merkintä tehdään ainoastaan sillä perusteella, että lapsen vanhemmat ovat saaneet käännyttämispäätöksen. Toiseksi merkintää tehtäessä lapsen tilannetta ja olosuhteita ei tosiasiallisesti selvitetä, eikä siinä yhteydessä suoriteta mitään hallintomenettelylle tyypillisiä valmisteluvaiheita esimerkiksi kuulemista. Toimenpiteestä ei myöskään laadita tiedoksi annettavaa asiakirjaa, jonka voisi ajatella toimivan päätöksenä ja välittävän tiedon asianosaiselle.

¹⁶³ EUT C-402/05 P, kohta 337.

¹⁶⁴ Mäenpää 2016, s. 523.

¹⁶⁵ Kulla 2008, s. 35; Mäenpää 2007, s. 562.

¹⁶⁶ HE 72/2002 vp., s. 102; Mäenpää 2011b, s. 160; Laakso – Suviranta – Tarukannel 2006, s. 233–234. Vrt. KHO 2004:4, jossa todettiin, ettei hoitoonmäärittämisestä ollut kumottava pelkästään perustelujen riittämättömyyden vuoksi. Potilaalla oli ollut mahdollisuus saada tietoa päätökseen vaikuttaneista seikoista tarkkailulähteestä, -lausunnosta ja sairauskertomukseen liittyvistä asiakirjoista.

3.4. Tehokkaat oikeussuojakeinot ja maasta poistamispäätös

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artikla turvaa yksilölle oikeuden oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Tämän on tulkittu kattavan myös tilanteet, joissa ensiasteen hallintoviranomainen päättää yksilön oikeuksista ja velvollisuuksista. Asianosasella on periaatteessa oltava oikeus saada asiansa vireille tuomioistuinmenettelyssä (*access to court*).¹⁶⁷ 6 artiklan vaatimaan oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on katsottu sisältyvän myös oikeus saada perusteltu päätös.¹⁶⁸ Kuitenkin on huomattava, ettei EIS 6 artikla sovellu tilanteisiin, joissa on kyse ulkomaalaisen maasta poistamisesta. EIT on nimenomaisesti todennut, että hyväksymällä 7. lisäpöytäkirjan artiklan 1 valtiot ovat selkeästi ilmoittaneet aikomuksestaan olla sisällyttämättä kyseisiä menettelyjä 6 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan.¹⁶⁹ Lausuma onkin ymmärretty niin, että 6 artikla sulkee ulkopuolelle kaikki maasta poistamisenmenettelyt mukaan lukien myös turvapaikkamenettelyn.¹⁷⁰

Perustuslain 21 §:ssä turvataan oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheutonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada perusteltu päätös. Viranomaisen päätöksentekovelvollisuudesta ja toisaalta hallinnon asiakkaan oikeudesta saada päätös ei ole säädetty hallintolaissa, vaan näiden on katsottu johtuvan suoraan perustuslain 21 §:stä.¹⁷¹ Perustuslaki ei kuitenkaan määrittele, mitä kaikkea asian käsittelyyn kuuluu. Lähtökohtana on kuitenkin pidetty, että asian käsittelyyn on johdonmukaista sisällyttää myös asiaa koskevan päätöksen tekeminen – oikeus saada perusteltu päätös kuuluu hyvän hallinnon takeisiin.¹⁷²

Kuten tutkielman toisessa luvussa todettiin, perusoikeusuudistuksen yhteydessä korostettiin perusoikeuksien kuuluvan jokaiselle Suomen lainkäyttövallan piirissä olevalle kansalaisuudesta riippumatta. Yhtäältä perustuslakiuudistuksen yhteydessä on todettu myös, ettei oikeussuoja ole lähtökohtaisesti riippuvainen henkilön iästä ja vajaavaltaisen kohdalla keskeistä on se, kuka käyttää perusoikeutta koskevaa puhevaltaa. Lähtökohtana on ollut myös,

¹⁶⁷ Pellonpää et al. 2018, s. 547.

¹⁶⁸ Mäenpää 2007, s. 560–561.

¹⁶⁹ Maaouia v. Ranska 2000, kohta 35–37, 40.

¹⁷⁰ Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 325; Aer 2016, s. 294; Pellonpää et al. 2018, s. 576; Flinterman 2018, s. 968.

¹⁷¹ Mäenpää 2011b, s. 155.

¹⁷² Mäenpää 2018, Fokus > Hallinto-oikeus > III HALLINTOMENETTELY JA HYVÄN HALLINNON PERUSTEET > 8. Päätösvallan käyttö ja hallintopäätös > Hallinnollisen päätöksenteon perusteet > Oikeus saada päätös ja viranomaisen ratkaisupakko.

että ihminen tulee perusoikeuksien täysimääräiseksi haltijaksi heti syntymänsä hetkellä.¹⁷³ Niinpä myöskään tässä asiayhteydessä ei ole perustetta tehdä eroa ulkomaalaisen lapsen ja Suomen kansalaisen välillä, kun arvioidaan oikeutta perusteltuun päätökseen.

Perustuslain 21 § ei estä säätämästä vähäisiä poikkeuksia oikeuteen saada perusteltu päätös. Perustuslakivaliokunta on useiden lainvalmisteluhankkeiden yhteydessä kuitenkin todennut, että poikkeuksia voidaan säätää, jos tämä ei muuta oikeuden asemaa pääsääntönä, eikä yksittäistapauksessa vaaranna yksilön oikeusturvaa.¹⁷⁴ Näissä lakimuutoksissa kyse on kuitenkin ollut muutoksenhakukiellon säätämisestä.¹⁷⁵

Perusteluvollisuutta koskevat poikkeukset eivät sovellu tilanteeseen, jossa lapsen osalta käännättämispäätös jätetään tekemättä. Poikkeukset tyypillisesti koskevat vain muutoksenhakukieltoa ja silloinkin – kuten biopankkilaissa (30.11.2012/688) – oikeusturva on taattu muulla tavoin. Lapsen tilanteessa ongelmallisinta onkin se, ettei päätöstä tehdä lainkaan ja vain sen vuoksi, ettei tällaiseen tilanteeseen ole nimenomaisesti soveltuvaa lainsäädäntöä. Kun lapselle ei tehdä käännättämispäätöstä, ongelmana on riski oikeusturvan ja pahimmillaan lapsen elämän vaarantumisesta. Äärimmäisissä tapauksissa lapsen poistaminen maasta ilman viranomaisen suorittamaa arviota lapsen yksilöllisestä tilanteesta voisi rikkoa non-refoulement –kieltoa ja saattaa alttiiksi EIS 3 artiklan vastaiselle kohtelulle.¹⁷⁶

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 13 artiklan mukaan, jokaisella on oltava käytössä tehokas oikeussuojakeino kansallisen viranomaisen edessä myös niissä tilanteissa, joissa oikeuksien

¹⁷³ HE 309/1993 vp., s. 24.

¹⁷⁴ PeVL 10/2012 vp., s. 5; PeVL 40/2010 vp., s. 5; PeVL 10/2006 vp., s. 3.

¹⁷⁵ Esimerkiksi biopankkilakiin on voitu säätää muutoksenhakukielto valtakunnallisen lääketieteellisen tutkimuseettisen toimikunnan lausuntoon, sillä oikeusturvan on katsottu taatun muulla tavoin. Ks. PeVL 10/2012 vp., s. 6.

¹⁷⁶ Non-refoulement –kiellolla eli palautuskiellolla tarkoitetaan perustuslain 9.4 §:ssä ja ulkomaalaislain 147 §:ssä säädettyä kieltoa, ettei ulkomaalaista saa karkottaa, luovuttaa tai palauttaa, jos häntä tämän vuoksi uhkaa kuolemanrangaistus, kidutus tai muu ihmisarvoa loukkaava kohtelu. EIT on ensimmäisen kerran linjannut palautuskiellon sisältyvän EIS 3 artiklan vastaiseen kohteluun tapauksessa *Soering v. Yhdistyneet Kuningaskunnat*, kohta 111. Kielto käsittää myös epäsuorat palautukset sekä ulkomaalaisen ”pallottelun” maasta toiseen. Ks. *Abdolkhani ja Karimnia v. Turkki*, kohta 88; *van Dijk – van Hoof* 1998, s. 322-323; *Pellonpää et al.* 2018, s. 448. Vrt. Ihmisoikeuskomitea: *Joseph Kinder v. Kanada*, kohta 6.4. Palautuskiellosta on katsottu tulleen myös tavanomaisoikeudellinen (*jus cogens*) normi kansainvälisessä oikeudessa. Ks. *A/AC.96/965/Add.1*, kohta 4; *Goodwin-Gill – McAdam* 2007, s. 211; *Hakapää* 2010, s. 247. Vrt. *Noll* 2000, s. 461; *Greenman* 2015, s. 286-289, jotka suhtautuvat kriittisesti palautuskieltoon *jus cogens* -normina. Viranomaiseen kohdistuva velvoite palautuskiellon arvioinnista ennen maasta poistamista ei ole millään tavalla riippuvainen henkilön iästä. Ks. *Pobjoy* 2017, s. 45. Palautuskiellon arvioinnin merkitystä on korostettu erityisesti silloin, jos henkilö ei ole hakenut kansainvälistä suojelua. Ks. *Aer* 2016, s. 299–300.

ja vapauksien loukkauksen ovat tehneet virantoimituksessa olevat henkilöt. Määräys sisältyy myös kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimuksen (SopS 8/1976, KP-sopimus) 2 artiklan 3 kohtaan sekä EU:n perusoikeuskirjan 47 artiklaan. EIS 13 artikla kattaa kaikki EU-oikeudessa taatut oikeudet ja vapaudet riippumatta niiden oikeudellisesta luokittelusta tai laadusta.¹⁷⁷ Oikeusturvan saatavuudella varmistetaan unionin oikeuden tehokas ja yhdenmukainen toteutuminen, mikä perustuu tehokkaiden oikeusturvan takeiden ennalta estävään ja EU-oikeuden toteutumista edistävään merkitykseen.¹⁷⁸

Tehokkuuteen kuuluu olennaisesti myös oikeussuojakeinon käyttämisen täytäntöönpanoa lykkäävä vaikutus.¹⁷⁹ 13 artiklan mukainen ”tehokkaan oikeussuojakeinon” käsite edellyttää, että muutoksenhaku voi estää sellaisten yleissopimuksen vastaisten toimenpiteiden toteuttamisen, joiden vaikutukset ovat mahdollisesti peruuttamattomia. Siten toimenpiteet, jotka ovat toteutettavissa ennen kuin viranomaiset ovat tutkineet, ovatko ne sopusoinnussa yleissopimuksen kanssa, ovat ristiriidassa 13 artiklan kanssa. Sopimusvaltioilla on kuitenkin jonkin verran harkintavaltaa siinä, miten ne noudattavat tämän säännöksen mukaisia velvoitteita.¹⁸⁰

3.5. Lapsen maasta poistamisen menettelyllisiä näkökohtia

Jos lapselle ei anneta perusteltua päätöstä käännättämisestä, aiheuttaa se ongelmia oikeusturvan ja oikeussuojan tehokkuuden näkökulmasta. Silloin kun lapselle tehdään käännättämis päätöksen sijaan käännättämistoimenpide, ei hänellä ole mahdollisuutta saattaa viranomaisen tekemää ratkaisua (teknistä käännättämistoimenpidettä) muutoksenhaun kautta uudelleen arvioitavaksi. Tästä seuraa myös se, ettei lapsella ole tehokkaita keinoja suojautua viranomaisen aikomilta käännättämistoimenpiteiltä, mikäli toimet koetaan epäoikeudenmukaiseksi.

Korkein hallinto-oikeus ei 2018:141 ratkaisussaan tutkinut erillisen käännättämis päätöksen merkitystä ja lapsen maasta poistamista viranomaistoimin ilman päätöstä. KHO kuitenkin

¹⁷⁷ Mäenpää 2011a, s. 434.

¹⁷⁸ Mäenpää 2011a, s. 433.

¹⁷⁹ Niemi 2010, s. 265.

¹⁸⁰ *Conka v. Belgia*, kohta 79.

tähdensi, että vanhemmilla on lapsensa laillisina edustajina ja puhevallan käyttäjinä mahdollisuus saattaa lapsen käännättämisasia vireille Maahanmuuttovirastossa, jos käännättämispäätöstä ei ole kohdistettu lapseen. Vanhemmat voivat siis hakea lapselleen kansainvälistä suojelua ja oleskelulupaa, vaikka lapselle olisi tehty tekninen käännättämistoimenpide. Tällä keinolla vanhemmat voisivat tehokkaimmin varmistaa lapsen oikeusturvan toteutumisen maasta poistamisessa silloin, kun vanhempien päätös ei koske lasta.¹⁸¹ Lapsen puolesta tehdyn hakemuksen johdosta Maahanmuuttovirasto on velvollinen ulkomaalaislain nojalla arvioimaan lapsen kansainvälisen suojelun ja oleskeluluvan tarpeen yksilöllisesti ja antaa lapselle erillisen perustellun päätöksen asiassa.¹⁸² Lapselle erikseen tehtyä hakemusta ei voida jättää tutkimatta perusteettomana ulkomaalaislain 101 §:n perusteella, vaikka vanhempien hakemus olisikin jo ratkaistu. Lapsen hakemus tulee ratkaista yksilöllisesti. Mikäli kansainväliselle suojelulle tai oleskeluluvalla ei lapsen kohdalla ole perusteita, päättää Maahanmuuttovirasto samassa yhteydessä myös käännättämisestä arvioiden lapsen edun ja suorittaen ulkomaalaislain 146 §:n edellyttämän kokonaisharkinnan.

Vanhemmat voivat huolehtia osaltaan lapsen oikeusturvasta laittamalla vireille lapsen puolesta turvapaikka- ja oleskelulupahakemuksen. Käytännössä lapselle erikseen vireytetystä turvapaikka- ja oleskelulupahakemuksesta seuraa se, ettei häntä voida poistaa maasta niin kauan, kuin hakemus on vireillä Maahanmuuttovirastossa. Lapsen asiassa on myös käytettävissä säännönmukaiset muutoksenhakukeinot. Mikäli Maahanmuuttoviraston antamaan päätökseen haetaan muutosta, voidaan päätös panna täytäntöön, ellei hallinto-oikeus tai (asian käsittelyvaiheesta riippuen) korkein hallinto-oikeus toisin määrää (UlkomL 201 §). Vahva pääsääntö on, että lapsen etu on olla vanhempiensa mukana, mikä estää lapsen erottamisen vanhemmistaan myös maasta poistamisen yhteydessä. Silloin jos lapsen asia on vireillä, tulisi myös vanhempien – mahdollisesti lainvoimaisen – käännättämispäätöksen täytäntöönpano keskeyttää, kunnes lapsenkin asiassa annetaan täytäntöönpanokelpoinen päätös.¹⁸³

¹⁸¹ Myös lapsiperhettä edustavien oikeudenkäyntiavustajien on tärkeää huomata tämä mahdollisuus.

¹⁸² Vrt. *Gebremedhin v. Ranska*, kohdat 54–56, jossa todettiin 13 artiklan loukkaus yhdessä 3 artiklan kanssa, kun henkilöllä ei ollut tehokasta keinoa hakea turvapaikkaa maasta poistamista lykkäävin seurauksin.

¹⁸³ Tämä menettelytapa voi toisaalta näyttäytyä maahanmuuton järjestelmän kannalta kestävämmäksi. Lapsen erillinen hakemus ja sen muutoksenhakuprosessi voi tarkoittaa, että lapsen ja koko perheen käännättäminen viivästyisi käsittelyaikojen puitteissa yli vuodella. Tuona aikana perheen tilanne voi edelleen muuttua, mikä tarkoittaisi, että uudet seikat voitaisiin edelleen saattaa viranomaisen arvioitavaksi. Käännättämisen viivästyminen voisi tarjota mahdollisuuden käyttää järjestelmää myös hyväksi käännättämisen viivästyttä-

Vastasyntyneen lapsen puolesta voidaan hakea turvapaikkaa ja oleskelulupaa, vaikka vanhempien valitus olisikin vielä vireillä hallinto-oikeudessa tai korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Tällöin lapselle erillisen turvapaikka- ja oleskelulupahakemuksen vireille laittaminen johtaisi kuitenkin monin tavoin ongelmalliseen tilanteeseen. Vanhempien (ja mahdollisten sisarusten yhteinen) asia ja vastasyntyneen lapsen asia päätyisivät tällöin samanaikaisesti ratkaistavaksi eri oikeusasteisiin. Käännytyssharkinnan kannalta olisi ratkaistava, miten lapsen vireillä oleva hakemus vaikuttaa vanhempien asian ratkaisemiseen. Voitaisiinko vanhempien asiassa antaa lopullinen ratkaisu ja määrätä mahdollisesti käännytettäväksi, vaikka lapsen asia olisikin edelleen vireillä? Tulisiko vanhempien asian käsittelyä viivästyttää niin pitkään, että lapsenkin asiassa on saatu ratkaisu vai tulisiko se palauttaa käsiteltäväksi samaan oikeusasteeseen?

Lapsen erillisen turvapaikka- ja oleskelulupahakemuksen vireille laittaminen ei ole lapsen näkökulmasta tarkoituksenmukaista silloin, jos vanhempien valitusasia on vielä vireillä lapsen synnyttyä.¹⁸⁴ Ulkomaalaislaissa säädetty menettelyllinen pääsääntö on, että asiat on valmisteltava ja ratkaistava yhdessä, jos niillä on merkittävästi vaikutusta toisiinsa asiaa ratkaistaessa (UlkomL 7 §). Jos vanhempien ja lapsen asia ovat samanaikaisesti vireillä eri viranomaisessa, päätöksentekijän on vaikea muodostaa yhtenäistä kokonaiskuva perheen tilanteesta, mikä voisi vaarantaa oikeusvarmuuden. Lisäksi prosessi pitkittyy tarpeettomasti sekä lapsen että koko perheen kannalta, mikä aiheuttaa huolta ja epävarmuutta tulevaisuudesta koko perheelle niin kauan, kun asian käsittely on kesken.

Vanhempien prosessin aikana syntyneen lapsen kannalta parempi ratkaisu olisikin, että hänen syntymäänsä vedotaan uutena tosiseikkana vanhempien valitusasiassa. Tällöin tuomioistuim voi kokonaisharkinnassa ottaa huomioon perheen tilanteen kokonaisuudessaan sekä arvioida, mikä merkitys lapsen syntymällä on vanhempien käännyttämiseen. Tuomioistuin on velvollinen ottamaan huomioon myös lapsen edun ja lapsen yksilölliset olosuhteet,

miseksi. Puuttuvien tilastojen vuoksi tämän haasteen todellista laajuutta on mahdoton arvioida. Lapsen perus- ja ihmisoikeudet puhuvat kuitenkin erillisen hakemuksen puolesta. Sen seurauksena syntyvät järjestelmätasoiset haasteet on vain pakko hyväksyä osaksi järjestelmän toimintaa.

¹⁸⁴ Käytännössä tilanne todennäköisesti on harvinainen ja toivottavaa olisikin, ettei tähän tilanteeseen pyritäisi sikään. Ks. *Maahanmuuttovirasto 2019*, s. 41 ss: lapsen syntymällä voi olla vaikutusta myös vanhempien tai muun perheen käännyttämisharkintaan, minkä vuoksi ei ole järkevää, että lapsen päätösharkinta tehtäisiin erillään vanhemmista.

vaikka kyse onkin vanhempien valituksen ratkaisemisesta.¹⁸⁵ Vanhemmat voivat puolestaan esittää tuomioistuimelle tarpeelliseksi katsomansa seikat lapsen yksilöllisestä tilanteesta. Uutena tosiseikkana vetoamista voidaan perustella myös lapsen oikeusturvalla: erillisen hakemuksen vireille laittaminen ei olennaisesti paranna lapsen oikeusturvaa käännättämisharkinnan osalta, vaan prosessin pitkittäminen voisi olla lapsen kannalta jopa haitallista. Se, että tuomioistuin ottaa lapsen syntymän huomioon uutena tosiseikkana, ei itsessään vaaranna lapsen oikeusturvaa. Jos tuomioistuin katsoisi, ettei se voisi ottaa lapsen syntymän merkitystä ensiasteena ratkaistavakseen, olisi asia aina mahdollista kumota ja palauttaa uudelleen käsiteltäväksi Maahanmuuttovirastolle.¹⁸⁶

Kun lapsi on syntynyt vanhemmille osoitetun käännättämispäätöksen jälkeen, tilanne on mutkikkaampi. Ydinkysymys perheen käännättämisessä on mielestäni se, missä kulkee viranomaisen ja vanhempien välisen vastuun raja lapsen oikeuksista. Seuraavaksi kysymystä pohditaan ainoastaan hallintomenettelyn näkökulmasta.¹⁸⁷ Tässä yhteydessä kyse on ainoastaan tilanteesta, jossa poliisin suorittaa tai avustaa palautuksen. Seuraavassa esitetty ei siis päde tilanteeseen, jos perhe poistuu vapaaehtoisesti (UlkomL 147a §).

Viranomaisen toiminnan kannalta kriittinen kysymys on, voidaanko lapsi poistaa maasta viranomaistoimin ilman päätöstä. Lähtökohtaisesti näin ei tulisi tehdä. Käännättämisellä puututaan voimakkaasti lapsen henkilökohtaiseen vapauteen ja toimilla vaikutetaan myös lapsen asuinpaikkaan ja sitä myötä lapsen tulevaisuuteen. Hallinnon lainalaisuusperiaate edellyttää, että julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin (PL 2.3 §). Julkisen vallan käytöksi ei katsota pelkästään yksityisen oikeuksiin ja velvollisuuksiin vaikuttavia päätöksiä, vaan myös henkilökohtaiseen vapauteen puuttuvia voimatoimia.¹⁸⁸ Tällaisia toimia ei siis tulisi tehdä ilman lain mukaista perustetta. Viranomaisen täytäntöönpanotoimien tavoitteena on viimekädessä huolehtia siitä, ettei henkilö jää oikeudettomasti maahan. Täytäntöönpanon oikeusnormit eivät ole itse tarkoitus, vaan keino palvella tämän tavoitteen saavuttamista. Kuitenkin jotkin

¹⁸⁵ KHO 2018:141.

¹⁸⁶ Ks. KHO 2018:141. KHO:n linjauksen mukaan lapsen syntymä ei kuitenkaan itsessään ole sellainen seikka, jonka perusteella asiaa tulisi palauttaa Maahanmuuttovirastolle uudelleen käsiteltäväksi. Ks. myös *Maahanmuuttovirasto* 2019, s. 41 ss.

¹⁸⁷ Syrjinnänkieltoa ja lapsen etua käsitellään seuraavissa luvuissa erikseen.

¹⁸⁸ Ks. *Mäenpää* 2017, 136–138.

normit, kuten yksityisen henkilön oikeusasemaa turvaavat ihmis- ja perusoikeusnormit rajoittavat hallinnon käytettävissä olevaa keinovalikoimaa.¹⁸⁹

Tiukasti lain sanamuodossa pitäytyvä ulkomaalaislain tulkinta mahdollistaisi lapsen käännättämisen myös ilman päätöstä (UlkomL 148.2 §).¹⁹⁰ Koska kyseessä on vauvaikäinen lapsi, tulee lainkohtaa arvioida eri tavalla: tulkinnassa on painotettava lapsen ihmisoikeuksia. Lapsen maasta poistaminen ei voi olla täysin riippuvainen siitä, harkitsevatko – tai ymmärtävätkö – vanhemmat turvapaikan ja oleskeluluvan hakemisen lapsen kohdalla olevan tarpeellista. On syytä korostaa, että non-refoulement -kielto ja kansainvälisen tapaoikeuden *jus soli* -normi velvoittavat valtiota, eivät vanhempia.¹⁹¹ Viranomaisen tulee varmistua, ettei lapsen käännättäminen riko non-refoulement -kieltoa ja ettei lapsi jää vaille kansalaisuutta palatessaan alkuperämaahan.¹⁹²

Ensisijainen vastuu lapsen turvallisesta kasvatuksesta, kehityksestä ja hyvinvoinnista on kuitenkin vanhemmilla tai hänen laillisilla edustajillaan. Lapsen edun on oltava määräävä tekijä lapsen kasvatuksessa (LOS 18 art.). Vanhempien vastuu merkitseekin, että heidän tulee hakea lapselle turvapaikkaa ja oleskelulupaa silloin, jos he epäilevät lapsen käännättämisen alkuperämaahan olevan uhka lapsen turvallisuudelle, kehitykselle ja hyvinvoinnille. Viranomaisen suorittamaa käännättämisharkintaa ei voida kuitenkaan laskea pelkästään vanhempien toimien varaan. Voi olla mahdollista, että vanhemmat eivät hae lapselle turvapaikkaa, vaikka olisi olemassa todellinen mahdollisuus lapseen kohdistuvasta vainosta.¹⁹³ Syynä tähän voi olla, etteivät vanhemmat välttämättä todellisuudessa tiedä tällaisen mahdollisuuden olemassaolosta.

¹⁸⁹ Tuori 2000, s. 156.

¹⁹⁰ Lainkohdan mukaan ”käännättää voidaan - - ulkomaalainen, jonka oleskelu - - edellyttäisi oleskelulupaa, mutta joka ei ole sitä hakenut - -” Kurs. tässä.

¹⁹¹ Viranomainen ei voi varmistua näiden velvoitteiden noudattamisesta ilman yksilöllistä harkintaa. Myöskään täytäntöönpanevalla viranomaisella vastuuta ei voida liiaksi sysätä, sillä poliisilla ei ole asiantuntemusta ja resursseja tehdä asianmukaista arviota lapsen yksilöllisestä tilanteesta. Ks. *Pobjoy* 2017, s. 60, joka toteaa, että *non-refoulement* -kiellon lisäksi maasta poistaminen rikkoisi myös LOS 12 artiklaa.

¹⁹² Näin myös apulaisoikeusasiamies EOAK/5948/2016, s. 5.

¹⁹³ Tällainen toiminta olisi lapsen edun vastaista. Ks. *Pobjoy* 2017, s. 64: ”vanhempien vastahakoisuus voi viitata siihen, etteivät vanhemmat edusta lastaan asianmukaisesti ja lapsen intressien mukaisesti.” Todennäköisempää kuitenkin on, että vanhempien toiminta johtuu heidän tietämättömyydestä. Silloin jos vanhemmat ovat haluttomia poistumaan maasta ja heidät täytyy poistaa poliisin toimesta, voidaan lähtökohtaisesti olettaa, että vanhemmat haluavat kaikin keinoin varmistaa myös lapsen turvallisuuden ja estää lapsen paluun lähtömaahan. Vanhemmat voivat myös uskoa toimivan lapsen parhaaksi altistaessaan hänet vahingollisille kulttuurisille käytännöille esim. ympärileikkaukselle, eivätkä siksi näe tarvetta turvapaikan hakemiselle. Ks. *Pobjoy* 2017, s. 160.

Vanhempien epätietoisuutta tulisikin paikata viranomaisen neuvontavelvollisuudella (HL 8 §). Poliisin täytäntöönpanevana viranomaisena tulisi tiedoksiannon ja maastapoistamispuhuttelun yhteydessä kertoa selkeästi prosessin eteneminen ja vanhempien käytössä olevat mahdollisuudet varmistaa myös lapsen turvallinen paluu alkuperämaahan.¹⁹⁴ Vanhemmat voivatkin poistua maastaan lapsen kanssa myös vapaaehtoisesti. Jos maasta poistaminen suoritetaan poliisin toimesta, on täytäntöönpanotoimien perusteena oltava lasta koskeva käännättämispäätös ja viranomaisen varmistuttava myös siitä, että lapsen paluu on turvallista.

Asianosaisten ja viranomaisen kannalta sujuvampi menettelytapa olisi kuitenkin, että kun ilmenee, ettei lapselle ole tehty käännättämispäätöstä, poliisi välittää tiedon myös Maahanmuuttovirastolle. Tällöin 148.2 §:ää voidaan tulkita niin, että Maahanmuuttovirasto voi ottaa asian poliisin esityksestä käsiteltäväkseen kyseisen lainkohdan perusteella, sillä lapsella ei ole oleskeluoikeutta, eikä hänelle ole haettu oleskelulupaa. Jos Maahanmuuttovirasto saisi tiedon muuta kautta, tulisi sen ottaa asia omasta aloitteesta käsiteltäväkseen myös tällöin. Molemmissa tapauksissa Maahanmuuttoviraston tulisi siis tehdä lapselle maasta poistamispäätös myös ilman vireytettyä oleskelulupa- tai turvapaikkahakemusta. Mikäli Maahanmuuttovirasto arvioisi, ettei lasta voida käännättää, on tällöin Maahanmuuttoviraston neuvontavelvollisuutensa nojalla ohjattava perhettä hakemaan oleskelulupaa.¹⁹⁵ Viimekädessä poliisilla olisi kuitenkin velvoite täytäntöönpanoviranomaisena huolehtia siitä, ettei täytäntöönpanotoimia suoriteta ilman lainmukaista käännättämispäätöstä.

¹⁹⁴ Ks. täytäntöönpanon kulusta *Poliisi 2018*, s. 2.

¹⁹⁵ Saman sisältöiseen tulkintaan on päätyntä myös Maahanmuuttovirasto uudessa maastapoistamisohjeessaan todeten, että päätös voidaan tehdä poliisin esityksestä tai omasta aloitteesta riippuen siitä, miten lapsen syntymä on tullut Maahanmuuttoviraston tietoon. Ks. *Maahanmuuttovirasto 2019*, s. 42.

4. LAPSEN OIKEUS SYRJIMÄTTÖMYYTEEN

Lapsen oikeuksien sopimuksen 2 artikla edellyttää, että ”sopimusvaltiot kunnioittavat ja takaavat yleissopimuksessa tunnustetut oikeudet kaikille lainkäyttövallan alalaisille lapsille ilman minkäänlaista erottelua.” Mahdollisia erottelun perusteita ovat rotu, ihonväri, sukupuoli, kieli, uskonto, poliittinen tai muu mielipide, kansallinen, sosiaalinen tai etninen alkuperä, varallisuus, vammaisuus ja syntyperä tai muu seikka.

Artiklan toinen kohta kieltää lapsen syrjinnän myös lapsen vanhempiin, huoltajiin tai muihin perheenjäseniin liittyvillä perusteilla. Lisäksi artiklan 2 kohta velvoittaa valtioiden ryhtymään tarpeellisiin toimiin varmistaakseen, että lasta suojellaan syrjinnältä. Oikeus syrjimättömyyteen on lapsen oikeuksien sopimuksen ohella kirjattu myös moniin muihinkin kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin.¹⁹⁶

Luvussa käsitellään lapsen oikeutta syrjimättömyyteen käännyttävän vauvaikäisen lapsen näkökulmasta. Taustalla on kysymys siitä, onko vauvaikäisen lapsen kohtelu syrjivää, mikäli hänet käännytetään ilman käännyttämispäätöstä perheensä mukana, ilman että lapsen osalta suoritettaisiin käännyttämisharkintaa lainkaan. Tällaisessa tilanteessa kysymykseen voisi tulla ikään perustuva syrjintä. Ikä ei kuitenkaan kuulu 2 artiklaa lueteltuihin syrjinnän perusteisiin. Luvussa pohditaankin sitä, voidaanko ikää rinnastaa 2 artiklassa mainittuihin erottelun perusteisiin. Tämän ohella luvussa kiinnitetään syrjimättömyyteen huomiota lapsen ehdottomana ihmisoikeutena, luonnehditaan syrjinnän käsitteen sisältöä ja lapsiin kohdistuvan syrjinnän muotoja.

4.1. Oikeus syrjimättömyyteen vai syrjimättömyyden periaate

Oikeuskirjallisuudessa 2 artiklan sisältöä nimitetään niin syrjimättömyyden periaatteeksi kuin oikeudeksi syrjimättömyyteen.¹⁹⁷ Lapsen oikeuksien sopimuksen perusteella syrjimättömyys tulisi kuitenkin ymmärtää yksiselitteisesti oikeudeksi. Periaatteen sijasta oikeuden puolesta puhumiseen *Abramson* on esittänyt kolme keskeistä syytä. Ensiksi jos ”oikeuksien”

¹⁹⁶ Saman sisältöisenä syrjimättömyys esiintyy mm. KP- ja TSS-sopimuksessa sekä yleismaailmallisessa ihmisoikeuksien julistuksessa. Ks. *Abramson* 2008, s. 5–8.

¹⁹⁷ Periaatteesta kirjoittaa mm. *Besson* 2005; *Hammarberg – Belembaogo* 2000; *Hodging – Newell* 2007, s. 17–31. *Besson – Kleber* 2019 ovat otsikoineet kirjoituksensa ”Oikeus syrjimättömyyteen”, mutta puhuvat tekstissään syrjimättömyyden periaatteesta.

kieli korvataan ”periaatteiden” kielellä, on vaarana, että tuhotaan kansainvälisen ihmisoikeuksien perustavoite: saada ihmiset uskomaan, että jokainen ihminen, myös pieni lapsi on ihmisoikeuksien haltija.¹⁹⁸

Toinen syy on moraalisen periaatteen ja laillisen oikeuden välisessä erossa. Monet lait ovat peräisin moraalista periaatteista. Syrjinnän taustalla ollut moraalinen periaate on se, että rotuun, sukupuoleen tai muuhun syyhyn perustuva syrjintä on moraalisesti väärin. Tämä on ollut perusta sille, että kansainväliseen oikeuteen on luotu oikeus syrjimättömyyteen. Toisin sanoen oikeuden tehtävä on ilmaista, puolustaa ja välittää kyseinen moraalinen periaate. Jos oikeuden sijaan puhuttaisiin syrjimättömyyden periaatteesta, tämä voisi aiheuttaa lakisääteisen oikeuden katoamisen.¹⁹⁹

Kolmas syy liittyy oikeuksien luonteeseen: toiset ovat oikeudellisia sääntöjä ja toiset oikeudellisia periaatteita.²⁰⁰ *Dworkin*in luonnehdinnan mukaan säännöt ovat kaikki-tai-ei mitään-luonteisia – ne siis vaikuttavat lopulliseen päätökseen kokonaisuudessaan tai ei lainkaan. Säännöt eivät myöskään ole ristiriidassa keskenään. Jos kaksi sääntöä olisi ristiriidassa, toinen niistä ei ole silloin pätevä. Säännöt siis ohjaavat käyttäytymistä ilmaisemalla, mitä saa tai ei saa tehdä. Periaatteella on sen sijaan aina ulottuvuus sen painoarvosta tai tärkeydestä. Periaate voi joutua konfliktiin muiden periaatteiden tai politiikkojen kanssa, jolloin ristiriita ratkeaa punnitsemalla kunkin suhteellista painoarvoa.²⁰¹ Periaatteen sanamuoto on abstrakti, koska periaatteella ei tahdota määrätä erityistä toimintaa sen toteuttamiseksi. Periaate on myös aina yleistys, mikä jättää tilaa mahdollisille poikkeuksille, joita ei määritellä etukäteen.²⁰² Toki säännöilläkin voi olla poikkeuksia, mutta ne on määriteltä ja rajattu aina etukäteen.²⁰³ Lisäksi 2 artiklalla on ominaispiirteensä se, että se ei sisällä laadullisia määritelmiä, vaan kielto on ehdoton ja poikkeukseton (ks. 4.3. luku). Niinpä syrjintä tulee ymmärtää oikeussääntönä, joka sisältää konkreettisen käskyn. Se ei suinkaan ole pelkkä suuntaa antava

¹⁹⁸ Kuten *Abramson* huomauttaa: ”Meillä on lapsen oikeuksien yleissopimus, ei lapsia koskevien periaatteiden yleissopimus.” *Abramson* 2008, s. 53.

¹⁹⁹ *Abramson* 2008, s. 53–55. Myös *Nowak* 1993, s. 43–45 KP-sopimusta koskevassa kommentaariteoksessaan puhuu syrjinnän periaatteen sijaan syrjinnänkiellosta (*prohibition of discrimination*).

²⁰⁰ *Abramson* 2008, s. 53.

²⁰¹ *Dworkin* 1977, s. 24–28.

²⁰² *Abramson* 2008, s. 54–55.

²⁰³ *Dworkin* 1977, s. 25.

periaate, johon sisältyisi lausumattomia poikkeuksia ja jonka painoarvoa voisi punnita yksittäistapauksissa. Syrjinnän kieltäminen on absoluuttinen ihmisoikeus, joka kuuluu jokaiselle lapselle (ei ainoastaan) lapsen oikeuksien sopimuksen nojalla. Oikeuden syrjimättömyyteen on katsottu muodostavan ihmisoikeussopimusten ”kulmakiven, joka vaalii käsitystä siitä, että ihmisarvo ja tasa-arvo kuuluvat jokaiselle ihmiselle.”²⁰⁴

Luultavasti kuitenkin syrjimättömyyden periaatteesta puhuvat eivät oikeastaan tarkoita syrjimättömyyden periaatetta edellä kuvatussa merkityksessä. Abramsonin tulkinnan mukaan he tarkoittavat suhteellisuusperiaatetta, johon kuuluu ajatus, että valtion harjoittama henkilöön perustuviin syihin liittyvä syrjintä on väärin vain, jos syrjivien keinojen ja saavutettavan tavoitteen välillä ei ole järkeenkäypää suhteellisuuden yhteyttä. Tämä ajatus on vastoin syrjintäkiellon taustalla olevaa moraalista periaatetta. Jos syrjintään liitettäisiin suhteellisuus-elementti, tarkoittaisi se sitä, että syrjinnästä tulisi laillinen väline hyvien asioiden saavuttamiseksi yhteiskunnassa. Tällöin moraalinen periaate korvataan poliittisilla laskelmilla kohtuullisuudesta, mikä loukkaa ihmisarvoa. Niinpä ilmaisu syrjimättömyyden periaatteesta muuttaisi käsitystä artiklan sisällöstä ja saa ihmiset uskomaan, että valtiolla on oikeus syrjiä niin kauan kun toimitaan suhteellisesti.²⁰⁵

Lapsen oikeuksien komitean mukaan 2 artiklan syrjinnänkieltäminen on yksi sopimuksen yleisperiaatteista.²⁰⁶ On kuitenkin epäselvää, mitä komitea syrjimättömyysperiaatteella tarkoittaa. Abramsonin näkemyksen mukaan ei mitään. Yleisperiaatteilla on alun perin ollut ”didaktiivinen tarkoitus: ne toimivat vain ikään kuin apurattaina lapsen polkupyörässä.”²⁰⁷ Yleisperiaatteet on myös tarkoitettu luettavaksi yhdessä kaikkien sopimuksen sisältämien oikeuksien kanssa.²⁰⁸ Komitea voidaan nähdä vain pelkkänä komiteana, joka muodostuu vaihtuvasta kokoonpanosta ja sen jokaisella jäsenellä on omanlaisensa merkitykset eri ilmailuille. Syrjimättömyyden periaate voikin komitean kielenkäytössä tarkoittaa moraalista periaatetta, suhteellisuusperiaatetta tai sitä, ettei puhuja pidä eriarvoisuudesta. Se voi olla myös

²⁰⁴ Breen 2005, s. 12.

²⁰⁵ Abramson 2008, s. 55–57.

²⁰⁶ CRC/GC/2003/5, s. 4.

²⁰⁷ Abramson 2008, s. 65–66. Didaktisilla syillä Abramson tarkoittanee koulutuksellisiin tarkoituksiin liittyviä syitä. Periaatteiden avulla sopimuksen sisältöä pyrittiin alkuvaiheessa tuomaan tunnetuksi yksinkertaisemmassa muodossa. Sittemmin periaatteiden rooli on kaventunut ja sekoittavat helposti oikeuden ja periaatteen välistä rajaa. Ks. kritiikistä myös Doek 2018, s. 12.

²⁰⁸ Report of the Committee on the Rights of the Child, A/57/41, kohta 38.

kliseinen ilmaus ilman mitään konkreettista ajatusta sen taustalla. Joten niin kauan kuin komitea ei löydä yksimielisyyttä syrjimättömyyden periaatteen sisällöstä, ”periaatteella” ei siinänsä ole itsenäistä merkityssisältöä.²⁰⁹ Siksi olisikin perustellumpaa puhua oikeudesta syrjimättömyyteen.

4.2. Syrjimättömyyden kolmiosainen rakenne

Syrjimättömyyden on todettu olevan eräänlainen sateenvarjoartikla, joka lisää alakohtaisten oikeuksien suojaa. Syrjimättömyys tulee ottaa huomioon kaikilla aloilla ja se muodostaa osan muita oikeuksia, liittyivätpä ne koulutukseen, terveyteen tai itseilmaisuun. Lisäksi on tärkeää panna merkille, ettei syrjintää ole laadullisesti määritelty ja tarkennettu – artiklaan ei ole lisätty ehtoja kuten ”kohtuuton” tai ”epäoikeudenmukainen”.²¹⁰

Artikla 2.1 voidaan jäsentää pienempiin osiin *Abramsonin* esittämän mallin avulla. Artikla voidaan jakaa kolmeen elementtiin: oikeus syrjimättömyyteen kieltää valtiota (1) kohtelemasta lasta eri tavalla artiklassa lueteltuihin syihin perustuen niin, että (2) se heikentäisi lasta nauttimasta (3) muuta sopimuksessa taattua oikeutta. Tämän voi tiivistää edelleen niin, että syrjintä on rotuun, ihonväriin (tai muuhun syyhyn) perustuvaa (1) *erottelua*, joka (2) *heikentää* (3) *oikeuksien tarjoamaa suojaa*.²¹¹

Elementeistä ensimmäinen, *erottelu* käsittää ”poissulkemisen”, ”rajoituksen” ja ”etusijan”, jotka nähdään vain erottelun alakategorioina. Erottelun arvioiminen on aina objektiivinen testi: kohdellaanko henkilöä eri tavalla hänen yksilöllisestä piirteestä johtuen vai ei. Vastaus

²⁰⁹ *Abramson* 2008, s. 66–67. Abramsson perustaa näkemyksensä havaintoihin siitä, miten yksittäisen jäsenet ovat kokouksissa, keskusteluissa ja vuoropuheluissa syrjimättömyyden periaatetta käyttäneet.

²¹⁰ *Abramson* 2008, s. 7, kuten artikkelit 6–40.

²¹¹ Ks. *Abramson* 2008, s. 18–27. Toinen tapa lähestyä syrjintää on ymmärtää se 1) epäsuotuisaksi kohteluksi, joka 2) perustuu kiellettyyn seikkaan, jota 3) ei voida oikeuttaa. Ks. tästä mallista *Besson – Kleber* 2019 59–64. Asetun itse *Abramsonin* mallin kannalle, koska kolmas elementti keskittää huomion juuri lapsen oikeuksien sopimuksessa taattuihin oikeuksiin ja niiden toteuttamiseen. *Besson – Kleberin* esittämää lähestymistapaa voidaan kritisoida siitä, että sen kolmannessa elementissä syrjimättömyys ymmärretään periaatteeksi: kysymys syrjinnästä liitetään oikeutettuun päämäärään, jonka tulee olla oikeasuhteinen tavoiteltuun päämäärään nähden. Tämä ajatus on vastoin lapsen oikeuksien sopimuksen 2 artiklan takaamaa ehdotonta syrjinnänkieltoa. Korrektimpaa onkin tarkastella, rajoittaako tai heikentääkö kohtelu henkilöä pääsemästä sopimuksessa turvattuun oikeuksiin, sen sijaan että arvioitaisiin kohtelun oikeuttamisperusteita. Kuitenkaan näiden mallien soveltaminen ei johda, eikä tulisikaan johtaa erilaisiin lopputuloksiin.

kysymykseen perustuu aina tiukasti tosiasioihin, eikä subjektiiviseen arviointiin. Tämä perustuu siihen, että syrjinnän alkuperäinen merkitys on objektiivinen ja se ei sisällä arvioita "oikeudenmukaisuudesta" tai "kohtuullisuudesta", jotka siis ovat subjektiivisia arvioita.²¹²

Erottelun arviointi sisältää lisäksi kahden eri muuttujan tarkastelun. Henkilön erilainen kohtelu sisältää aina kriteerin, johon erilainen kohtelu perustuu ja tietyn elämän alan tai intressin, johon kohtelu liittyy. Jos siis syrjintään vedotaan, on olennaista kysyä: mistä syystä syrjitään ja millä elämän alueella syrjintä tapahtuu? Nämä kaksi tulee määritellä aina ennen kuin oikeutta syrjimättömyyteen sovelletaan tietyssä tapauksessa.²¹³ Syrjinnän tausta syyt on lueteltu 2 artiklan 1 kohdassa ja ne ovat rotu, ihonväri, sukupuoli, kieli, uskonto, poliittiset tai muut mielipiteet, kansallinen, etninen tai sosiaalinen alkuperä, varallisuus, vammaisuus, syntyperä tai muu seikka.

Henkilöiden erilainen kohtelu voidaan mieltää myös eriarvoiseksi kohteluksi (*unequal treatment*). Vierdag määrittelee eriarvoisen kohtelun neljällä eri tavalla: toisille myönnetty oikeus kielletään; kavennetaan sellaista oikeutta, joka on toisille myönnetty täysimääräisenä; asetetaan velvoite, jota ei ole asetettu muille tai asetetaan velvoite vahvempana kuin muille.²¹⁴ Eriarvoista kohtelua ei ole mielekästä arvioida, ellei ole selvää, ketä tarkoitetaan toisilla. Kaikissa tilanteissa ei olisi tarkoituksenmukaista verrata lasta esimerkiksi aikuisten viiteryhmään.²¹⁵ Tyypillisesti syrjintää arvioitaessa lasten asemaa verrataan toisiin lapsiin, esimerkiksi tyttöjä ei tulisi kohdella koulussa eri tavalla kuin poikia.²¹⁶

Vierdag asettaa kaksi edellytystä sille, että eriarvoista kohtelua on mahdollista verrata. Jotta henkilöitä tai ryhmiä voitaisiin verrata keskenään, heihin tulisi kohdistua yksi ja sama oikeusjärjestelmä – heillä tulisi siis olla oikeudellinen asema yhdessä oikeusjärjestelmässä. Tällöin syrjintää koskeva väite voidaan osoittaa samalle viranomaiselle. Toinen edellytys on ajallinen yhteys. Vertailukelpoisia ovat vain ryhmät tai ihmiset, jotka ovat joko samanaikai-

²¹² Abramson 2008, 19–20. Vrt. Besson – Kleber 2019, s. 63–64, jotka liittävät erilaisen kohtelun arviointiin tekijän oikeutetusta ja oikeasuhtaisesta päämäärästä.

²¹³ Abramson 2008, s. 20–22.

²¹⁴ Vierdag 1973, s. 44.

²¹⁵ Lapselta puuttuu esimerkiksi äänioikeus ja hänen oikeuttaan osallistua on rajoitettu. Ks. van Bueren 1995, s. 41.

²¹⁶ Besson – Kleber 2019, s. 60.

sesti tietyn kohtelun kohteena tai eriaikoina siten, ettei pelkkä ajankulku ole aiheuttanut merkittäviä muutoksia kohtelussa. Eriarvoinen kohtelu sisältää siis oletuksen, että se tapahtuu tiettyssä oikeusjärjestelmässä samaan aikaan tai eri aikaan, jos kohtelu ei ole muuttunut aikojen saatossa.²¹⁷

Syrjinnänkiellon toinen elementti eli oikeuksien *heikkeneminen* tarkoittaa sitä, että tietynlainen toiminta on vahingollista oikeudenhaltijan eli syrjinnän kohteen näkökulmasta tarkasteltuna. Syrjimättömyydessä suojeltava oikeushyvä on siis suojella henkilölle kuuluvia oikeuksia ja estää niiden menetyksestä aiheutuvaa vahinkoa.²¹⁸ Tässä yhteydessä on kiinnitettävä huomiota kahteen tyypilliseen erottelun muotoon. Ensiksikin henkilöä voidaan kohdella suotuisasti, kun hänet valitaan tiettyyn tehtävään tai toimeen. Toisaalta henkilö voi kokea epäsuotuisaa kohtelua, jos hän ei tule valituksi johonkin tehtävään. Näiden taustalla kuitenkin kohtelu perustuu – tai tulisi perustua – ansioihin tai niiden puutteeseen. Vaikka tilanteessa on voinut jäädä valitsematta henkilö, joka on voinut erottua muista 2 artiklassa luetelluista syistä johtuen, ei se itsessään tee toiminnasta kiellettyä. Niinpä henkilöön liittyvästä syystä tai ominaisuudesta ei sinänsä seuraa syrjintää, vaan erottelun täytyy vahingoittaa oikeudenhaltijan hyvinvointia, mikä on seurausta hänen oikeuksiensa heikkenemisestä.²¹⁹

Kolmannen elementin *oikeuksilla* tarkoitetaan nimenomaan sopimuksessa taattuja oikeuksia. Artiklan 2 soveltamisen on todettu rajoittuvan vain yleissopimuksessa tunnustettuihin oikeuksiin: jos syrjintää esiintyisi suhteessa omaisuuteen tai liikkumisvapauteen, jotka eivät kuulu sopimuksen alaan, eivät tämä kuuluisi sopimuksen suojelun piiriin.²²⁰ Silloin kun väitetään syrjintää tapahtuneen, on välttämätöntä tunnistaa sopimukseen sisältyvä alakohtainen oikeus, joka voi liittyä esimerkiksi koulutukseen tai terveyteen.²²¹

Seuraavaksi näitä kolmea edellä mainittua edellytystä tutkitaan vastasyntyneen, käännytystoimien kohteena olevan lapsen kohdalla. Lapsen kohteluun liittyvät tosiasiat ovat selkeästi

²¹⁷ Vierdag 1973, s. 47.

²¹⁸ Abramson 2008, s. 22–24.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ van Bueren 1995, s. 40. Ks. myös Besson – Kleber 2019, s. 53.

²²¹ Abramson 2008, s. 25–27.

ja objektiivisesti havaittavissa: korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun mukaan lapsi voidaan poistaa vanhempiansa mukana ilman käännättämispäätöstä.²²² Vastasyntyneen asemaa voidaan verrata esimerkiksi hänen vanhempiinsa tai sisaruksiinsa.²²³ Vanhempien ja sisarusten kohdalla viranomainen on arvioinut heidän yksilölliset olosuhteensa vanhemmille osoitetun päätöksen yhteydessä, mutta päätöksen jälkeen syntyneen lapsen osalta näin ei ole. Tämä siis tarkoittaa, että kohtelu perheen nuorimman lapsen kohdalla eroaa hänen sisaruksiinsa ja vanhempiinsa verraten: sisaruksille ja vanhemmille kuuluvaa oikeutta kavennetaan vastasyntyneen kohdalla. Objektiivisesti arvioiden päätöksen jälkeen syntynyttä lasta kohdellaan eriarvoisesti verrattuna hänen sisaruksiinsa hänen muita nuoremman ikänsä johdosta.²²⁴

Eriarvoisen kohtelun jälkeen tulee seuraavaksi arvioitavaksi 2.1 artiklan toinen ja kolmas elementti: *heikentääkö* erilainen kohtelu lasta *pääsemästä oikeuksiin*. Aseman heikkenemisen osalta voidaan kysyä, aiheuttaako erilainen kohtelu vauvaikäiselle lapselle haittaa tai vahinkoa. Mahdollisuus tälle on olemassa, vaikkakin todennäköisyyttä on lähes mahdoton arvioida. Jos pohditaan ensiksi sitä, mikä merkitys käännättämispäätöksellä on lapsen sisarusten kohdalla. Heidän kohdallaan kyse on ennen kaikkea siitä, että viranomainen tunnustaa arvioinnillaan heidän yksilöllisyytensä – sen, että he ovat oikeussubjekteja. Päätöksen perusteluissa viranomainen joutuu ottamaan siihen kantaa, onko lapsen turvallista palata lähtömaahansa vanhempiansa mukana ottaen huomioon vanhempien esiin tuomat yksilölliset seikat lapsesta. Viranomainen toisin sanoen tunnustaa lapsen kohdalla sen, että on olemassa mahdollisuus, että lapsen yksilöllisistä olosuhteista johtuen, hänen ei ole turvallista palata lähtömaahan, ja nämä seikat on otettava käännättämisharkinnassa huomioon.²²⁵ Jos paluu ei ole turvallista, viranomainen voi myöntää oleskeluluvan esimerkiksi juuri yksilöllisestä inhimillisestä syystä (UlkomL 51 §). Jos taas lapsi palautettaisiin yksilöllisistä näkökohdista huolimatta, voisi viranomainen toiminnallaan rikkoa kansainvälisiä sopimuksia tai sivuuttaa lapselle myös Suomen lainsäädännön nojalla kuuluvat oikeudet. Vastasyntyneen lapsen palauttaminen ilman viranomaisen arviointia heikentää hänen asemaansa – ja voi aiheuttaa jopa

²²² Ks. KHO 2003:73.

²²³ Vertaaminen on tarkoituksenmukaista, koska kaikki ovat saman oikeusjärjestelmän piirissä samanaikaisesti.

²²⁴ Ikäkysymykseen syrjinnän perusteena palataan 4.5. luvussa lähemmin.

²²⁵ Ks. esim. KHO 2019:22.

peruuttamatonta vahinkoa – silloin, jos lapsi on esimerkiksi vakavasti sairas ja palauttaminen jouduttaisi hänen kuolemaansa.²²⁶

Lopuksi on vielä ratkaistava, onko erilaisessa kohtelussa kyse sellaisista oikeuksista, jotka lapselle on turvattu lapsen oikeuksien sopimuksessa. Lapsen oikeuksien sopimuksen 6 artikla turvaa lapselle oikeuden elämään. Valtioilla on myös erityinen velvollisuus turvata pakolaislasten – riippumatta siitä, ovatko he vanhempien seurassa vai eivät – oikeudet, tarjota tarvittaessa suojelua ja huolehtia, että lapsi voi nauttia lapsen oikeuksien sopimuksessa ja muissa kansainvälisissä sopimuksissa turvatuista oikeuksista (LOS art. 22). Näiden ohella valtioiden tulee kiinnittää erityistä huomiota erityisiin lapsiryhmiin kuten HIV- ja AIDS-lapset ja kehitysvammaiset lapset.²²⁷ Myös *non-refoulement*- eli palautuskielto suojelee lapsia palauttamiselta 6 ja 37 artikloiden perusteella ja estää valtioita palauttamasta lasta, jos on olemassa riski, että lapseen kohdistuu peruuttamatonta haittaa.²²⁸ Kuten edellä todettiin, voi lapsen palauttaminen saattaa hänet pahimmassa tapauksessa kuoleman vaaraan. Lapsella on myös oikeus kansalaisuuteen (LOS 7 art.) ja valtioilla on velvollisuus varmistaa, ettei lapsi jää ilman kansalaisuutta. Lapsen oikeuksien sopimus turvaakin lapselle useita oikeuksia, joiden sivuuttaminen voi johtaa tilanteisiin, joissa lapsi palautetaan, vaikka olisi olemassa riski vakavista ihmisoikeusloukkauksista.²²⁹ Lapsen palauttaminen vanhempiensa mukana ilman erillistä käännyttämispäätöstä on (mahdollisesti ikään perustuvaa) syrjivää erottelua, joka estää hänen kohdallaan lapsen oikeuksien sopimuksessa taattujen oikeuksien toteutumisen.²³⁰

²²⁶ Ks. EIT:n ratkaisu EIS 3 artiklan loukkauksesta: *D v. Yhdistyneet Kuningaskunnat*, kohdat 51–52, 54. Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että ulkomaalaisen heikolla terveydentilalla on maasta poistamiseen ensisijaisesti lykkäävä vaikutus. Ks. *Aer* 2016, s. 316; *Hirvelä – Heikkilä* 2017, s. 183. Samoin oikeuskäytännössä *KHO 6.3.2009/538*.

²²⁷ *Pobjoy* 2017, s. 193. Ks. LOS 23 artikla.

²²⁸ *CRC/GC/2005/6*, kohta 27. Ks. myös *Pobjoy* 2017, s. 188–196; *Tobin – Hobbs* 2019, s. 1458. Palautuskielto velvoittaa valtiota myös jo pelkästään EIS:n nojalla. EIT on korostanut tuomioissaan (*Assenov ja muut. v. Bulgaria*, kohta 102), että henkilön esittämä väite 3 artiklan rikkomisesta edellyttää 1 artiklan perusteella tehokasta tutkintaa, sillä muutoin epäinhimillisen kohtelun kielto olisi käytännössä tehoton. Jo pelkästään velvollisuuden laiminlyönti voidaan katsoa 3 artiklan vastaiseksi. Ks. myös *Paposhvili v. Belgia*, kohdat 183–193, 205–206. Myös LOS 6 artiklan soveltamisella on nähty olevan tärkeä rooli pakolaislasten suojelun kannalta, vaikka oikeuskäytännössä tätä ei vielä ole tunnistettu. Ks. *Bierwirth* 2005, s. 113 ss; *Pobjoy* 2017. Ks. sosioekonomisten oikeuksien näkökulmasta laajemmin *Fortin* 2009. Myös lapsen oikeuksien komitea on korostanut sopimusvaltioille osoitetuissa suosituksissa, että palautuskielto on arvioitava myös lapsen kohdalla. Ks. *CRC/C/ISR/CO/2–4*, kohta 70(b); *CRC/C/ITA/CO/3–4*, kohta 65(a).

²²⁹ *Pobjoy* 2017, s. 196.

²³⁰ Ikää ei kuitenkaan syrjinnän perusteena ole luettu 2.1 artiklan luetteloon, ja tähän kysymykseen palataan lähemmin 4.5. luvussa

4.3. Syrjinnänkiellon ehdottomuus

Oikeus syrjimättömyyteen ehdoton. Se ei salli minkäänlaisia poikkeuksia ja rajoituksia, eikä myöskään sisällä punnittavia tekijöitä. YK:n ihmisoikeussopimukset ilmentävät selvästi, milloin oikeus on kontekstisidonnainen ja siihen on olemassa seitsemän erilaista keinoa.²³¹

Näistä neljä ensimmäistä keinoa liittyvät artiklan sanamuotojen valintaan, joilla viestitetään artiklan sisällön suhteellisuutta tai tavoitteellisuutta. Ensimmäinen on punnintaa vaativat sanat kuten ”tarkoituksenmukainen” tai ”toteutettavissa oleva”. Toinen keino on räätälöidyt poikkeukset.²³² Nämä voidaan toteuttaa esimerkiksi ilmaisulla ”kansallisten lakien mukaisesti” tai tietyt toimenpiteet sallitaan ”poikkeuksellisissa olosuhteissa”. Kolmas keino on käyttää lauseketta, jolla voidaan asettaa julkinen hyvinvointi etusijalle. Tämä voi tarkoittaa rajoituksia esimerkiksi ilmaisuvapauteen yhteiskunnan suojelemiseksi. Neljäs keino on käyttää pyrkimystä ilmaisevia sanoja kuten ”edistää” tai ”kannustaa”.²³³

Loput kolme keinoa liittyvät siihen, miten tiettyä artiklaa voidaan käyttää tasapainottamiskeinona suhteessa muihin kansainvälisen sopimuksen turvaamiin oikeuksiin. Näistä ensimmäinen liittyy progressiivisiin oikeuksiin: kaikki taloudelliset, sosiaaliset ja kulttuuriset oikeudet ovat progressiivisia eli oikeuden toteuttaminen on riippuvainen valtion voimavaroista.²³⁴ Toinen keino on asettaa rajoituksia julkisen hyvinvoinnin edistämiseksi.²³⁵ Viimeisenä on kansalliseen hätätilaan liittyvä lauseke, jolla alakohtaiset oikeudet voidaan ohittaa kansan henkeä uhkaavan hätätilan aikana.²³⁶

Niinpä näiden seitsemän eri tekijän puuttuminen antaa selvän viestin pykälän tarkoituksesta: yleiskokouksen tarkoituksena on ollut, ettei lapsen tai nuoren erottelu pykälässä luetelluista syistä ole sallittua, vaikka sillä olisi vaikutusta alakohtaisten oikeuksien toteuttamiseen.²³⁷

²³¹ Abramson 2008, s. 40–42.

²³² Ks. esim. LOS artikkelit 20.2 ja 20.3 ja 37c.

²³³ Abramson 2008, s. 41. Ks. myös *Pobjoy* 2017, s. 20, joka huomauttaa, ettei sopimus salli poikkeuksia sopimuksen turvaamiin oikeuksiin edes sotatilassa.

²³⁴ Esim. LOS 6 artikla ei pysty täysin suojaamaan lasta kaikkien lasten elämää ja kaikenlaisilta mahdollisilta kuolemilta. Ks. *Opsahl* 1993, s. 209. Lailla ei myöskään yleisesti suojella elämää vaan oikeutta elämään. Ks. *Fawcett* 1987, s. 37.

²³⁵ Ks. esim. TSS-sopimuksen 4 artikla: valtio voi rajoittaa sopimuksen oikeuksia, jos se ”edistää yleistä hyvinvointia demokraattisessa yhteiskunnassa”

²³⁶ Abramson 2008, s. 41.

²³⁷ Abramson 2008, s. 42.

Oikeus syrjimättömyyteen on siten absoluuttinen oikeus eli toisin sanoen syrjinnänkielto on ehdoton.²³⁸

4.4. Syrjinnän määritelmät

Sopimuksessa ei ole tarkkaa määritelmää termille ”syrjintä”. Lapsen oikeuksien komitea on kuitenkin lapsen oikeuksien täytäntöönpanoa koskevassa yleiskommentissaan tarkentanut, että syrjintä voi ilmetä muun muassa riittämättömänä ravitsemuksena, hoitona ja huomiona, rajoitettuina leikkimis-, oppimis- ja koulutusmahdollisuuksina tai niin, että estetään tunteiden ja näkemysten vapaa ilmaiseminen.²³⁹ Yksi laajasti hyväksytty määritelmä syrjinnälle on YK:n ihmisoikeuskomitean julkaisemassa yleiskommentissa, joka käsittelee kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevaa kansainvälistä yleissopimusta. Yleiskommentin mukaan syrjinnällä tulisi ymmärtää:

“mitä tahansa erottelua, poissulkemista, rajoittamista tai etuoikeutta, joka perustuu syihin kuten rotu, väri, sukupuoli, kieli, uskonto, poliittinen tai muu mielipide, kansallinen tai sosiaalinen alkuperä, omaisuus, syntymään tai muuhun asemaan, ja jolla on tarkoitus tai vaikutus, ja jonka tarkoituksena tai seurauksena on tehdä tyhjäksi tai heikentää kaikkien henkilöiden oikeuksien ja vapauksien tunnustaminen, nauttiminen tai harjoittaminen yhtäläisesti.”²⁴⁰

Syrjinnän käsitettä voidaan jäsentää jakamalla se *de jure* ja *de facto* syrjintään. *De jure* syrjinnällä tarkoitetaan erilaista kohtelua, joka perustuu lakiin. Tämä voi ilmetä niin avoimena kuin peiteltynä valtion harjoittamana syrjintänä.²⁴¹ *De jure* syrjintä voidaan jakaa myös tasa-arvoon lain edessä (*equality before the law*) ja tasa-arvoon lainsäädännössä (*equality in the law*).²⁴² *De facto* eli tosiasialista syrjintää tapahtuu silloin, kun valtion edustajat harjoittavat syrjintää omasta aloitteestaan sen sijaan, että he noudattaisivat lakia vapaaehtoisesti tai työn tai sosiaalisen paineen johdosta. Tosiasiallisen syrjinnän taustalla voi olla useita eri skenaar-

²³⁸ Näin myös Abramson s. 41. Ks. tarkemmin absoluuttisen oikeuden luonteesta *mts.* 35–37.

²³⁹ CRC/C/GC/7, kohta 11.

²⁴⁰ General Comment No. 18, kohta 7.

²⁴¹ Abramson 2008, s. 51 ss.

²⁴² Besson – Kleber 2019, s. 58. Tasa-arvo lain edessä tarkoittaa sitä, onko henkilö syrjitty silloin, kun lakia sovelletaan häneen. Tasa-arvo lainsäädännössä taas puolestaan, sitä turvaako lainsäädäntö tehokkaasti tasa-arvoisen aseman henkilölle (tämä vaatimus on osoitettu lainsäätäjälle).

rioita. Aloite syrjintään voi olla työtekijöiden, alemman tason johtajien, hierarkian keskitasosta ja jopa korkeimmalta tasolta. Riippumatta siitä, mistä syrjintä on lähtöisin, kuuluvat kaikki vaihtoehdot 2 artiklan piiriin. Syrjintä tapahtuu siis tosiasiallisesti, koska syyketju ei ole lähtöisin kirjoitetusta laista vaan valtion työtekijöistä.²⁴³

De jure syrjintä voidaan jaotella *avoimeen* ja *peiteltyyn* syrjintään. Syrjintä on avointa silloin, jos erityinen kohtelu perustuu nimenomaisesti lakiin. Syrjintää nimitetään avoimeksi, koska se on helposti havaittavissa ja se ilmenee selkeästi myös lain säännöksissä. Peitelty syrjintä on puolestaan piilotettua ja sitä tapahtuu, kun laki sinänsä näyttää neutraalilta, mutta sillä pyritään asettamaan jokin etuus tietyille ryhmälle tai haittaa toiselle ryhmälle. Huomattomasti syrjivä laki vaikuttaa eri tavoin tiettyyn ryhmään, esimerkiksi rotuun, uskontoon (jne.), mutta seuraukset eivät ole sattumanvaraisia, vaan aiheuttavat tilastollisen epätasapainon. Lainsäätäjä siis suunnittelee lain niin, että sillä saadaan aikaan erilainen vaikutus tiettyyn ryhmään ja aie salataan viattomalta näyttävän kielen avulla. Tätä pidetään myös kaksinkertaisena pahana (*”a double evil”*), sillä sekä syrjintä että yritys piilottaa se neutraalin julkisivun taakse ovat molemmat moraalisesti moitittavia. Piilotetun syrjinnän käsite on peräisin Yhdysvalloista. Molemmat termit ilmenevät ajoittain myös eurooppalaisessa kirjallisuudessa ja YK:n asiakirjoissa, mutta usein ilman tarkempaa määritelmää. Eurooppalaisissa tuomioistuimissa peitelty syrjintä on harvoin ollut kysymyksessä, eikä ongelmana sinänsä erityisen vakava. Käsitteellinen ero on kuitenkin tärkeä syrjinnän vastaisen lainsäädännön ymmärtämiseksi ja soveltamiseksi.²⁴⁴

Maahanmuuttoviraston käytäntö teknisestä käännättämisspäätyöstä ei perustu lakiin. Toimintamallin ydinongelma onkin siinä, ettei lainsäädäntö sisällä suoranaisia säännöksiä tällaista tilannetta ajatellen. Niinpä *de jure* ja *de facto* syrjintään perustuvan ryhmittelyn soveltaminen on hankalaa tässä tapauksessa. Kysymys voisi olla tässä tapauksessa *de facto* syrjinnästä, sillä kyse on viranomaisen vakiintuneesta käytännöstä, jonka oikeutus on korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa. Luonnehdinnat avoimesta tai peiteltyä syrjinnästä eivät tule kuitenkaan kysymykseen ja *de jure* syrjintäkin soveltuu tähän tapaukseen vain hyvin ahtaasti.

²⁴³ Abramson 2008, s. 51 ss.

²⁴⁴ Abramson 2008, s. 49–51.

4.5. Ikä syrjinnän perusteena

Ikää ei ole 2 artiklassa nimetty syrjinnän perusteeksi, mutta lista syrjinnän perusteista ei ole tyhjentävä. Mahdollinen erottelun peruste voi olla myös ”muu seikka”. Ilmaukselle on mahdollista löytää kaksi erilaista tulkintatapaa: (i) se sisältää kaikki mahdolliset seikat ilman minkäänlaista rajoitetta; tai (ii) se käsittää vain sellaiset seikat, jotka ovat luonteeltaan samanlaisia kuin nimenomaisesti mainitut ominaisuudet. Vaihtoehdot tarkoittavat, että ”muu seikka” on käsitteenä joko täysin avoin ja rajoittamaton tai osittain avoin ja rajattu.²⁴⁵ Teleologisesti arvioiden ensimmäisen vaihtoehdon hyväksyminen johtaisi epäilemättä mahdotomaan ja ennalta-arvaamattomaan lopputulokseen – tämä olisi ristiriidassa oikeusvaltioperiaatteen edellyttämän lain soveltamisen ennakoitavuuden kanssa.

Valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen (SopS 33/1980) 31 artiklan mukaan valtiosopimusta on tulkittava vilpittömässä mielessä ja antamalla valtiosopimuksessa käytetyille sanonnoille niille kuuluvassa yhteydessä niiden tavallinen merkitys, sekä valtiosopimuksen tarkoituksen ja päämäärän valossa. Kansainvälisessä oikeudessa noudatetun *ejusdem generis* -opin mukaisesti yleistävät sanat, jotka seuraavat tai edeltävät erityisiä sanoja, rajoittuvat erityisten sanojen joukkoon. Mainittu ilmaisu siten sulkee ulkopuolelleen muut ilmaisut.²⁴⁶ Tästä syystä on tulkittu, että kun avointa ilmausta ”muut seikat” käytetään tarkentavien ilmauksien kanssa, luetteloidut esimerkit rajoittavat avoimen termin soveltamista. Niinpä ”muuta seikkoja” tulee tulkita yhdessä lueteltujen ominaisuuksien kanssa ja uusi peruste voidaan lukea mukaan tulkintaprosessin kautta, jos sillä on riittävä samankaltaisuus määriteltyjen ominaisuuksien kanssa.²⁴⁷

Edellä 4.1. luvussa tultiin siihen johtopäätökseen, että lasta kohdellaan eri tavalla kuin hänen vanhempia sisaruksia johtuen hänen syntymäajankohdasta ja nuoremmasta iästään. Ikä ei

²⁴⁵ Abramson 2008, s. 27–28. Vrt. Besson – Kleber 2019, s. 53, jotka pitävät listaa puhtaasti esimerkinomaisena. Heidän näkemyksen mukaan syrjinnän peruste voisi olla siis periaatteessa mikä tahansa. Tällaisen tulkintalinjan hyväksyminen voisi johtaa lain soveltamisen kannalta kestävämpään lopputulokseen. Liian avoimen lähestymistavan hyväksyminen aiheuttaisi riskin lain soveltamisen ennustettavuudelle ja jopa yhdenvertaisuudelle lain edessä. Liiallinen sisällöllinen epävarmuus voisi aiheuttaa lopullisissa päätöksissä epä johdonmukaisuuksia. Vrt. lapsen edun käsitteeseen kohdistetusta kritiikistä Herrin 2007, s. 407. Sisällöllinen avoimuus voisi myös tarkoittaa, että syrjinnänkielto muuttuisikin joustavaksi periaatteeksi ehdotoman oikeuden sijaan.

²⁴⁶ Brownlie 1990, s. 629. lähtökohtana on *expressio unius est exclusio alterius* eli listaan kuulumattomat seikat oletetaan tarkoituksellisesti kuuluvan ulkopuolelle.

²⁴⁷ Abramson 2008, s. 27–28.

kuitenkaan kuulu 2.1 artiklassa lueteltuihin syrjinnän perusteisiin. Huomion arvoista on, ettei ikää ole luettu syrjinnän perusteeksi myöskään taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevassa yleissopimuksessa (2.2 artikla, SopS 6/1976), KP-sopimuksessa (2.1 artikla) eikä Euroopan ihmisoikeussopimuksessa (14 artikla). Eräs sopimus, jossa ikä on erikseen mainittu syrjinnän perusteena, on kansainvälinen sopimus siirtotyöläisten ja heidän perheenjäsenten oikeuksiensa suojaamisesta (artikla 7).²⁴⁸

Newell ja Hodging ovat lapsen oikeuksien sopimusta käsittelevässä käsikirjassa luetelleet yli kuusikymmentä tekijää, jotka on otsikoitu: ”Lapsen syrjinnän perusteet”.²⁴⁹ Näiden joukossa on muun muassa lapsen syntymään liittyviä tekijöitä, kuten syntymän rekisteröimättömyys, syntyminen epäonnen päivänä tai syntyminen epänormaaleissa olosuhteissa. Listassa on lueteltu myös samat perusteet kuin 2.1 artiklassa. Luettelo perustuu komitean antamiin maakohtaisiin raportteihin. Ikää ei erikseen mainita tuossakaan yhteydessä. Luki-jalle voi helposti tulla ymmärrys listaa lukiessaan, että kyseiset tekijät ovat komitean mukaan määritelmiä syrjinnän perusteiksi 2 artiklan perusteella. Lisäksi listaa lukiessa olisi myös helppo tehdä rinnastus, että ikä tai syntymäajankohta voisi olla ihan yhtä painava peruste kuin edellä luetellut esimerkitkin.

Pelkän luettelon perusteella ei voida tehdä pidemmälle meneviä johtopäätöksiä. Ensiksikin oikeuskirjallisuudessa vallitsee epätietoisuutta siitä, miten lapsen oikeuksien komitean eri lausuntoja tulisi tarkastella. Lausuntojen luonne ja niiden asema aiheuttaa sekaannusta.²⁵⁰ Komitea on esimerkiksi todennut eräälle valtiolle osoitetussa raportissaan todennut olevansa huolissaan siitä, että ”yhteiskunnallinen syrjintä ja kulttuurikäytännöt ovat edelleen haavoit-tuvassa asemassa olevia lapsia, erityisesti – – köyhien ja maaseudun perheiden lapsia vas-taan.”²⁵¹ Kannanotto on sijoitettuna otsikon ”syrjinnänkielto” alle. Tällainen lausunto ei siis tarkoita, että nämä asiat olisivat 2 artiklan rikkomuksia, sillä oikeus syrjimättömyyteen ei

²⁴⁸ International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990). Sopimus on ratifioitu 54 maassa ja allekirjoitettu 13 maassa. Lisäksi ikä on mainittu syrjinnän perusteeksi sekä Suomen perustuslaissa (6 §) että Ruotsin perustuslaissa (Regeringsformen 1 kap. 2 §).

²⁴⁹ *Hodging – Newell* 2007, s. 24–26.

²⁵⁰ *Abramson* 2008, s. 133.

²⁵¹ *CRC/C/15/Add.245*, kohta 23.

koske yleistä hyvinvointia koskevia eroja. Sen sijaan lausunto ilmaisee komitean huolenaiheen, joka on vain sijoitettu ”syrjimättömyys” -otsikon alle.²⁵² Koska Hodgingin ja Newellin laaja ja tarkentava lista näyttäisi perustuvan esimerkin kaltaisiin komitean kannanottoihin, ei sitä kuitenkaan tulisi ymmärtää niin, että kaikki kyseiset tekijät olisivat laajennuksia ja sovelluksia syrjinnän perusteista ja olisivat kiellettyjä 2 artiklan perusteella. Tarkkaan ottaen kirjoittajat eivät näin väitäkään.²⁵³ Lukija voikin perustaa harhaan menevän johtopäätöksen vain laatikon ja luvun otsikkoihin.²⁵⁴ Joten ainakaan komitean maakohtaisista raporteista tai Hodgingin ja Newewllin analyysistä ei ole löydettävissä tukea sille, että ikä olisi sellaisenaan rinnastettavissa 2.1 artiklan luetteloon.

Ikä syrjinnän perusteena lapsien kohdalla ei kuitenkaan ole täysin tunnistamaton, eikä toisaalta myöskään ongelmaton ilmiö. Oikeuskirjallisuudessa on viime vuosina alettu kiinnittää huomiota ikään perustuvaan syrjintään myös lasten kohdalla.²⁵⁵ Sen, voiko henkilö oikeutusti vaatia tiettyä oikeutta, on katsottu riippuvan siitä, onko päätös olla myöntämättä henkilölle tiettyä oikeutta syrjivää ja altistaisiko tämä henkilön epäoikeudenmukaiselle kohtelulle. Eri tilanteissa eriarvoista kohtelua mitataan kuitenkin eri tavoin.²⁵⁶ Tyypillisesti erilaiset syrjintää kuvaavat muotoilut perustuvat ryhmäpohjaisiin stereotyyppisiin oletuksiin, jotka siivuuttavat yksilön kapasiteetin.²⁵⁷ Tämän ongelmaksi on nähty se, että myös ikä voi olla erilaisen kohtelun perustana siinä, missä sukupuoli tai etnisyyskin.²⁵⁸ Kun yksinkertaistaen yhdenvertaisuuden tavoite on *kohdella samankaltaisia yhtäläisesti*, niin iän osalta nousee kuitenkin ongelmallinen kysymys, voidaanko eri ikäisiä pitää samanlaisina asiaankuuluvalla tavalla.²⁵⁹ Jos arvioidaan kohtelun erilaisia vaikutuksia, niiden arviointi voi olla haastavaa rotuun tai sukupuoleen perustuvan syrjinnän tilanteissa. Silloin kun kyse on iästä, kiinteän vertailuryhmän löytäminen on erityisen vaikeaa, sillä raja-arvojen määrittäminen ryhmien

²⁵² Abramson 2008, s. 135.

²⁵³ Laatikon otsikon alla on kuvaus: ”The following grounds of discrimination and groups affected by discrimination have been identified by the committee in its examination of initial and periodic reports.”

²⁵⁴ Tällaisen johtopäätöksen ilman tarkempaa analyysia päätyy mm. Besson – Kleber 2019, s. 62.

²⁵⁵ Ks. Breen 2005; Collins 2017, joka kirjoittaa ikäsyrjintää lapsen osallisuusosoikeuden kannalta; Falcks 2012 puolestaan selvittää ilmiötä yleisemmin, miksi lapsia ollaan haluttomia tunnistamaan ikäsyrjinnän kohteeksi; Ks. erityisesti LOS 2 artiklan osalta Besson – Kleber 2019, s. 63.

²⁵⁶ Breen 2005, s. 20–21.

²⁵⁷ Fredman 2003, s. 39–40.

²⁵⁸ Breen 2005, s. 20–21.

²⁵⁹ Fredman 2003, s. 38.

välillä voi vaikuttaa jopa mielivaltaiselta – tulisiko raja-arvon olla 6 päivää vai 6 kuukautta.²⁶⁰ Kaikenlainen erottelu iän perusteella ei ole syrjintää. Ratkaisevaa onkin erottaa pätevä ja pätemätön erottelu.²⁶¹

Lisäksi ikään perustuvaa syrjintää lähestytään eri tavalla kuin rotuun tai sukupuoleen perustuvaa syrjintää. Rotujen syrjintää pyritään estämään vähentämällä ennakkoluulojen kohdistumista vähemmistöihin, joilla on vähän poliittista tai taloudellista valtaa. Sukupuolten välistä tasa-arvoa on tavoiteltu poistamalla oikeudellisia ja sosiaalisia esteitä, joita naiset ovat kohdanneet. Ikäsyrjinnän tunnistamisen ongelma on sen sijaan siinä, ettei ikä määrittele kiinteää rajattua ryhmää.²⁶² Toisaalta kun ikää arvioidaan syrjimättömyyden ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta, niin iän osalta eriytymisen vaikutusten sanotaan olevan vähäisempiä, sillä vaikutukset ulottuvat kaikkiin yhteiskunnan jäseniin ja vain tietyissä kohdissa heidän elämänsä aikana: ²⁶³ jos esimerkiksi lapsia pidetään syrjittyinä, he ennen pitkää kasvavat ja poistuvat tästä ryhmästä.²⁶⁴

Ikään perustuvan syrjinnän arviointi on myös vanhempiensa käännyttämispäätöksen jälkeen syntyneen lapsen kohdalla haasteellista. Kyse ei oikeastaan ole tarkoista ikään perustuvista raja-arvoista, ja siksi ”ikä” termin käyttäminen tässä yhteydessä saattaa olla hieman harhaanjohtavaa. Tällaisten raja-arvojen määrittäminen tässä kontekstissa olisi mahdotonta – emme voi siis sanoa, että alle 2 kuukauden ikäisille tai alle 1-vuotiaille lapsille ei tehdä käännyttämispäätöstä. Kyse on enemmänkin lapsen syntymäajankohdasta, mutta ”ajankohdan” käyttäminen saattaa yhtä lailla olla harhaanjohtavaa, sillä käsitteen voi helposti ymmärtää tarkoittavan esimerkiksi tiettyä kuukautta tai vuodenaikaa. Tästäkään ei ole siis kyse. Asian voikin jäsentää niin, että kysymys onkin siitä, minä ajankohtana lapsi syntyy suhteessa vanhempiensa käännyttämispäätöksen antohetkeen ja toisaalta siitä, että hän perheen nuorimpana lapsena (jos hänellä on sisaruksia) saa erilaisen kohtelun. Koska vertailukohtana voi

²⁶⁰ Fredman 2003, s. 55–56; Breen 2005, s. 21–22.

²⁶¹ Fredman 2003, s. 37.

²⁶² Ibid.

²⁶³ Breen 2005, s. 22.

²⁶⁴ O'Neill 1992, s. 38–39.

lähtökohtaisesti olla lapsen vanhemmat sisarukset, on tämän vuoksi syrjinnän perusteeksi ymmärretty juuri ikä.²⁶⁵

Kysymystä ikäsyrjinnästä voidaan lähestyä siitä näkökulmasta, että onko erilaiselle kohtelulle pätevää perustetta. Tämäkin näkökulma osoittaa tilanteen erityislaatuisuuden. Jos verrataan tilannetta siihen, että Suomessa lapsi voi siirtyä vasta seitsemänvuotiaana koulun ensimmäiselle luokalle. Taustalla voidaan ajatella olevan yhtenä perusteena se, että lapsi saavuttaa tietyn fyysisen ja psyykkisen kehitystason ollakseen kykenevä aloittamaan koulutien. Viisi- tai kuusivuotiaita ei tässä tilanteessa syrjitä, sillä he ennen pitkää saavuttavat 7-vuoden iän, ja saavat näin ollen saman etuoikeuden kuin kaikki muutkin saman ikäiset ja minkä vanhemmat lapset saivat aikaisemmin.²⁶⁶ Taustalla on myös ajatus siitä, että koko ikäryhmää kohdellaan eri tavalla niin kauan, kunnes he saavuttavat seitsemän vuoden iän.

Käännyttämispäätöksen jälkeen syntyneen lapsen kohdalla, hänen kohteluaan ei voida perustella muulla syyllä kuin sillä, että hän on iältään nuorempi ja syntynyt päätöksen jälkeen. Syy on luonnollisesti täysin sattumanvarainen ja lapsen kannalta epäonninen. Tämä seikka tai ominaisuus ei kuitenkaan ole sellainen, josta lapsi vanhemmiten – saavutettuaan tietyn iän – voisi ”kasvaa ulos”. Hän pysyy samassa asemassa riippumatta siitä, poistetaanko perheestä kuukauden vai kahden vuoden kuluttua käännyttämispäätöksen tultua täytäntöönpanokelpoiseksi. Tällaisen sattumanvaraisesta tapahtumasta muodostuva ominaisuus (lapsen ikä) ei ole hyväksyttävä ja oikeutettu syy sille, että lasta kohdellaan eri tavalla. Tällaista lasta ei kohdella yhdenvertaisesti verrattuna muihin samankaltaisiin eli turvapaikanhakijoiden lapsiin.

4.6. Lapsiin kohdistuva syrjintä

Erityisesti pienet lapset ovat vaarassa joutua syrjinnän kohteeksi. He ovat avuttomia ja heidän oikeuksien toteutuminen on riippuvainen muista ihmisistä. Pienet lapset voivat myös kärsiä vanhempiin kohdistuvasta syrjinnästä – riskin kohteena ovatkin juuri turvapaikanha-

²⁶⁵ Toisaalta vertailun kohteena voi kuka tahansa lapsi, joka on syntynyt ennen omien vanhempiensa asian lopullista ratkaisemista, ja tällöin kyse ei enää varsinaisesti olekaan iästä. Tällainen lapsi voi olla vanhempi tai nuorempi kuin sellainen lapsi, joka on syntynyt vanhemmilleen käännyttämispäätöksen jälkeen.

²⁶⁶ Jos tilannetta verrataan edelleen syrjinnän kolmiosaisen rakenteen kolmanteen kohtaan: oikeuksien heikentämiseen, ei tilannetta voida tulkita syrjinnäksi, sillä lapselta ei kielletä pääsyä perusopetukseen.

kijoiden lapset. Lisäksi komitea nostaa esille pienet lapset, jotka ovat vaarassa kärsiä moninkertaisesta syrjinnästä (*”multiple discrimination”*). Tällaisia ovat esimerkiksi etniseen alkuperään, sosiaaliseen ja sivistykselliseen asemaan tai sukupuoleen ja/tai vammaisuuteen liittyvät seikat.²⁶⁷

Lapsen oikeuksien sopimuksen 2.2 artikla kieltää lapsen vanhempien, laillisten huoltajien ja muiden perheenjäsenten asemaan perustuvan syrjinnän. Lapsen syrjinnänkielto ei siten rajoitu pelkästään lapsen identiteettiin tai ominaisuuksiin. Lapsi voi tulla syrjityksi tilanteessa, jossa hänet asetettaisiin eri asemaan suhteessa vanhempiin, sisaruksiin tai muihin lapsiin yleisesti.²⁶⁸ Niinpä myöskään vanhempien toiminta tai asema ei saa vaikuttaa siihen, miten lasta kohdellaan.²⁶⁹

Lapsen oikeuksien sopimuksen artikkelit 22, 23 ja 30 antavat tukea sille, että haavoittuvassa tilanteessa oleville lapsille tulee tarjota erityistä suojelua syrjintää vastaan.²⁷⁰ Tämä tarkoittaa erityisiä toimenpiteitä silloin, kun kyseessä on pakolaislapsi tai vammaisen lapsi. Erityisten toimenpiteiden tarkoituksena on parantaa aineellista tasa-arvoa.²⁷¹ Erityiset toimenpiteet voivat tarkoittaa toisaalta erityisiä suojelutoimenpiteitä tai väliaikaisia erityistoimenpiteitä.²⁷²

Erityiset suojelutoimenpiteet ovat valikoivia ja kohdistettuja erityisiin tarpeisiin. Se, mitä suojelutoimenpiteillä oikeastaan tarkoitetaan, on kuitenkin kiistanalaista. Toisaalta toimenpiteet voidaan ymmärtää tarpeena erityiselle huolenpidolle. Vaarana kuitenkin piilee se, kun korostetaan erityisiä tarpeita ja sitä että toiset ovat jotenkin erilaisia, voi lopputulos johtaa siihen, että heitä syrjitään juuri sen vuoksi. Toimenpiteet voivat osoittautua syrjiviksi, koska erilainen kohtelu erityisiin tarpeisiin vastaamiseksi voi usein johtaa huonompaan kohteluun.²⁷³

²⁶⁷ CRC/C/GC/7, s. 5–6.

²⁶⁸ Hakalehto-Wainio 2011, s. 518; van Beuren 1995, s. 38.

²⁶⁹ Besson 2005, s. 447; Besson – Kleber 2019, s. 53.

²⁷⁰ Besson – Kleber 2019, s. 54.

²⁷¹ *Material equality* tarkoittaa sitä, kohdellaanko henkilöä käytännössä tosiasiallisesti (de facto) eri tavalla.

²⁷² Besson – Kleber 2019, s. 65.

²⁷³ *Ibid*; Ks. myös Horvath ja Kiss v. Unkari.

Väliaikaisten erityistoimenpiteiden tavoitteena on korjata tietyn ryhmän aineellinen eriarvoisuus. Tällaisilla toimenpiteillä suositetaan avoimesti henkilöitä, jotka identifioidaan heidän erityispiirteiden johdosta. Tarkoituksena on poistaa olosuhteet, jotka ovat aiheuttaneet tai pysyttäneet voimassa syrjiviä käytäntöjä. Toimenpiteet ovat siis väliaikaisia ja oikeutettuja vain rajoitetun ajan ja ne tulee lopettaa, kun haluttu lopputulos on saavutettu. Lisäksi toimenpiteissä olisi keskityttävä muihinkin syrjintäprosessin ulottuvuuksiin kuin pelkästään tuloksiin.²⁷⁴

Myös 2 artiklan 2 kohta antaa tukea edellä todetulle johtopäätökselle. Vastasyntyneen lapsen asemaa voidaan myös hahmottaa hänen vanhempiensa statuksen kautta, joka yhtä hyvin voi osoittautua syrjinnän perusteeksi. Kuten edellä todettiin, on lapsen kohtelu täysin riippuvainen siitä, missä vaiheessa hänen vanhempiensa turvapaikkaprosessi on. Silloin kun lopullinen ratkaisu asiassa on annettu, vanhempien status muuttuu radikaalisti. Vanhemmat eivät ole enää turvapaikanhakijoita, vaan heistä tulee laittomasti maassa oleskelevia henkilöitä, joille on asetettu velvoite poistua maasta. Tämä velvoite laajennetaan vanhempien aseman johdosta myös lapseen ilman erillistä arviointia. Vanhempien statuksen muuttuminen toimii siis määräävänä tekijänä, joka määrää, miten viranomainen kohtelee vastasyntyntä lasta.

²⁷⁴ Besson – Kleber 2019, s. 66.

5. LAPSEN ETU

Lapsen oikeuksien sopimuksen 3 artiklan 1 kohdan mukaan ”kaikissa julkisen tai yksityisen sosiaalihuollon, tuomioistuinten, hallintoviranomaisten tai lainsäädäntöelimien toimissa, jotka koskevat lapsia, on ensisijaisesti otettava huomioon lapsen etu.”

Lapsen etua koskeva kansainvälinen sääntely on laaja. Lapsen edusta on säännöksiä muun muassa kansainvälisessä lapsen oikeuksien julkistuksessa, lapsen oikeuksien sopimuksessa, vammaisten henkilöiden oikeuksista annetussa yleissopimuksessa (SopS 27/2016) ja Euroopan unionin perusoikeuskirjassa. Luettelo ei ole tyhjentävä.²⁷⁵ Lapsen etua on myös tiettävästi tutkittu enemmän kuin mitään muuta lapsen oikeuksien sopimuksessa esiintyvää käsitettä.²⁷⁶

Tässä luvussa lapsen etua lähestytään käännättämistoimien kohteena olevan lapsen näkökulmasta. Luvussa analysoidaan aluksi lapsen etua yleisellä tasolla oikeutena, periaatteena ja menettelysääntönä sekä arvioidaan lapsen edun sisällöllisiä ja arviointiin liittyviä tekijöitä. Luvun loppupuolella huomio keskittyy maahanmuuton kontekstiin, jonka yhteydessä selvitetään Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöä ja lapsen edun punnintaan liittyviä erityispiirteitä käännättämisessä ja kansainvälisen suojelussa. Lisäksi luvussa pyritään luonnehtimaan, mitä lapsen etu merkitsee vastasyntyneen käännättämisen kohteena olevan lapsen kannalta. Vastauksia etsitään erityisesti siihen, edellyttääkö lapsen etu itsessään viranomaiselta perusteltua käännättämispäätöstä ennen käännättämistä, millaisia lapsen edulle vastakkaisia intressejä käännättämisessä ilmenee ja miten niitä punnitaan suhteessa toisiinsa.

5.1. Oikeus, periaate ja menettelysääntö

Lapsen oikeuksien komitea on korostanut käsitteen kolmiosaisuutta: se on luonteeltaan aineellinen oikeus, perustavanlaatuinen tulkintaperiaate ja menettelysääntö.²⁷⁷ Aineellinen oikeus tarkoittaa, että lapsella on oikeus siihen, että lapsen etu tulee arvioiduksi ja huomioituksi häntä koskevassa päätöksenteossa.²⁷⁸ Kun päätöksenteossa punnitaan erilaisia etuja,

²⁷⁵ Ks. kokoavasti Freeman 2007, s. 11–24.

²⁷⁶ Freeman 2007, s. 1; Khazova 2016, s. 27.

²⁷⁷ CRC/C/GC/14, s. kohta 6.

²⁷⁸ CRC/C/GC/14, s. kohta 6.

aineellinen oikeus takaa sen, että lapsen etu huomioidaan ensisijaisena näkökohtana.²⁷⁹ Aineellisen oikeuden perustana lapsen etu takaa, että periaatetta sovelletaan aina, kun tehdään lasta tai lapsiryhmää koskevia päätöksiä. Aineellisena oikeutena lapsen etu asettaa valtioille velvollisuuden ottaa käyttöön tarvittavat mekanismit, jotta lapsen etu arvioidaan päätöksentekoprosessissa.²⁸⁰ 3 artikla ei jätä valtiolle harkintavaltaa siinä, tulisiko lapsen etu ottaa ensisijaisesti huomioon.²⁸¹

Tulkintaperiaatteella tarkoitetaan, että käytettävissä olevista tulkintavaihtoehtoista tulee valita sellainen, joka parhaiten palvelee lapsen etua. Lapsen etu perustavanlaatuisena tulkintaperiaatteen rajoittaa aikuisten esteetöntä valtaa lapsiin. Periaate perustuu ajatukselle, että aikuiset tekevät päätökset lasten puolesta, koska lapsilta puuttuu kokemus ja arvostelukyky. Periaatteena lapsen etu ymmärretään myös siinä mielessä, ettei sopimusvaltio ole velvollinen määrittämään päätöksen lopullista tulosta, vaan prosessin, jossa päätös tehdään.²⁸² *Pöyhönen* on kuitenkin on kuitenkin huomauttanut, että lapsen etu tulisi ymmärtää periaatteen sijaan normina: silloin kun lapselle edullisin ratkaisu voidaan määrittää, on säännön mukaan päädyttävä juuri siihen ratkaisuun.²⁸³

Lapsen edun rooli menettelysääntönä korostaa arvioinnin sisällyttämistä päätöksentekoprosessiin. Menettelysääntönä lapsen etu edellyttää, että aina kun tehdään lasta tai lapsiryhmää koskeva *päätös* (kurs. tässä), tulee arvioida ja määrittää päätöksen mahdolliset positiiviset ja negatiiviset vaikutukset.²⁸⁴ Menettelysäännön luonne ei kuitenkaan tarkoita sitä, että se itsessään tuottaisi ratkaisun.²⁸⁵

3 artiklalla on kolme erilaista roolia. Ensiksikin sen tarkoitus on tukea, perustella ja selventää lähestymistapaa sopimuksen pohjalta nousevissa kysymyksissä samoin kuin muiden oikeuk-

²⁷⁹ *Aer* 2016, s. 31.

²⁸⁰ *CRC/C/GC/14*, s. kohta 6.

²⁸¹ *CRC/C/GC/14*, kohta 14.

²⁸² *CRC/C/GC/14*, s. kohta 6.

²⁸³ *Pöyhönen* 1988, s. 16.

²⁸⁴ *CRC/C/GC/14*, s. kohta 6.

²⁸⁵ *Zermatten* 2010, 484–486.

sien täytäntöönpanossa. Toisaalta artikla toimii sovitteluperiaatteena, joka voi auttaa ratkaisemaan eri oikeuksista johtuvia konflikteja, jotka nousevat sopimuksen puitteista.²⁸⁶ 3 artiklan 1 kohta toimii myös sopimusvaltioiden lakien ja käytäntöjen arvioinnin perustana sellaisissa asioissa, joihin ei liity yleissopimuksen positiivisia oikeuksia.²⁸⁷ 3 artiklan vahvuutena on se, että periaatetta tulee arvioida suhteessa jokaiseen sopimuksen turvaamaan oikeuteen.²⁸⁸ Myös komitea on korostanut, että 3 artiklaa tulee soveltaa huomioiden sopimus kokonaisuudessaan.²⁸⁹

3 artiklaa ei ole tarkoitettu lapsen edun sisällölliseksi määritelmäksi. Artiklan tarkoituksena on viestittää, ettei lapsen etua koskevaa harkintaa voida sivuuttaa lasta koskevissa toiminnaissa.²⁹⁰ 3 artiklan merkitys on ymmärretty niin, ettei se kuitenkaan itsessään luo oikeuksia tai velvollisuuksia.²⁹¹ Sen sijaan 3 artikla perustaa tulkintaperiaatteen, jota on sovellettava kaikissa lapsiin kohdistuvissa puuttumisissa (*interventions*) ja joka antaa lapsille takeet siitä, että heidän kohtalonsa otetaan huomioon tämän tulkintaperiaatteen mukaisesti.²⁹²

Lapsen etu voidaan nähdä myös lapsen oikeudelliseksi intressiksi: lapsella on oikeus etunsa toteuttamiseen.²⁹³ Lapsen intressit *Eekelaar* on jakanut kolmeen ryhmään: perusintressit, kehitykselliset intressit ja autonomiaintressit (*basic interests, developmental interests, autonomy interests*).²⁹⁴ Perusintressit kuvaavat lapsen oikeutta perusturvaan, jonka toteutumisesta vastuu on lähtökohtaisesti vanhemmilla. Jos kuitenkin lapsen terveys tai kehitys vakavasti vaarantuu, on silloin velvollisuus myös viranomaisilla ryhtyä toimenpiteisiin. Kehityksellisten intressien taustalla on *Eekelaarin* mukaan ajatus lapsen käytettävissä olevien resurssien maksimoinnista.²⁹⁵ Autonomiaintresseissä on kyse lapsen itsenäisestä päätöksentekooikeudesta. *Eekelaarin* mukaan lapsella tulisi olla – riittävä kypsyys saavutettuaan –

²⁸⁶ *Alston* 1994, s. 15–16; *Freeman* 2007, s. 32–33.

²⁸⁷ *Parker* 1994, s. 27. Tällaisia asioita ovat esimerkiksi tahdonvastaiseen huostaanottoon liittyvät tapaukset, jossa lapsi voidaan poikkeuksellisesti erottaa vanhemmastaan.

²⁸⁸ *van Bueren* 1995, 46.

²⁸⁹ *CRC/C/GC/14*, kohta 33.

²⁹⁰ *de Godzinsky* 2013, s. 163.

²⁹¹ *van Beuren* 1995, s. 46.

²⁹² *Zermatten* 2010, s. 493; *van Beuren* 1995, s. 46.

²⁹³ *Eekelaar* 1986, 169.

²⁹⁴ *Eekelaar* 1986, 170–171. Nämä intressit *Eekelaar* liittää jäljempänä kirjoituksessaan konkreettisten oikeustapausten yhteyteen.

²⁹⁵ *Eekelaar* 1986, s. 170. Tämä ajatus sopii mielestäni huonosti käännettämisen ja kansainvälisen suojelun kontekstiin, sillä lapsen intressiä vastassa on valtion intressi säännellä maahanmuuttoa. Tähän palataan 5.3. ja 5.4. luvuissa tarkemmin. *Eekelaar* liittääkin intressin oikeudellisen perustan avioerotilanteeseen, jolloin

oikeus tehdä myös oman etunsa vastaisia päätöksiä. Tämä tulee tehdä kuitenkin niin, etteivät ne loukkaa perus- ja kehitysintressejä.²⁹⁶ Intresseihin perustuvalla ajatusmallilla ei välttämättä saada apua lapsen edun määrittämiseen konkreettisia tilanteita ajatellen, vaan sen avulla voidaan hahmottaa lähinnä lapsen itsemääräämisoikeuden ja lapsen edun välistä suhdetta.²⁹⁷ Vaikka itsemääräämisoikeuteen liittyvät kysymykset eivät ole relevantteja vauvaikäisen lapsen edun kannalta, on itsemääräämisoikeus yhtenä lapsen edun osatekijänä tärkeä tiedostaa.²⁹⁸

Lapsen etua koskevat yleiset luonnehdinnat ovat kaiken kaikkiaan hyvin moninaisia. Komitean kolmiosaisen rakenteen ohella lapsen etua on luonnehdittu myös lainvalmistelua ohjaavaksi yleisperiaatteeksi, ihmisoikeustasoiseksi tulkintaperiaatteeksi, oikeuslähteaineiston lukuohjeeksi, lain tulkintaa ohjaavaksi ratkaisuohteeksi ja lapsen ihmisoikeudeksi.²⁹⁹ Lapsen etua on yhtäältä kuvattu oikeudelliseksi tavoitteeksi ja myös suuntaa-antavaksi periaatteeksi, joka huomioi lapsen erilaiset tarpeet ja intressit. Toisaalta lapsen edun tulkinta on myös tilannesidonnaista ja merkitykseltään sekä laajentavaa että suppeaa, ja tulkinnan tulee olla hienotunteista ja ottaa huomioon lapsen oletetut tarpeet.³⁰⁰ Lapsen etu nähdään yhtäältä juridisena ja oikeuden ulkopuolisena käsitteenä. Laajentava tulkinta liitetään oikeuden ulkopuoliseen käsitteeseen ja sillä ei nähdä olevan merkitystä oikeudellisessa täytäntöönpanoprosessissa.³⁰¹ Kootusti luonnehdittuna lapsen etu nähdään sekä tulkintaperiaatteena, että myös normina, joka vaatii tulkintaa.³⁰²

lapsella on oikeus sellaiseen huoltoratkaisuun, joka maksimoisi mahdolliset resurssit lapsen edun mukaisesti. Ks. *Eekelaar* 1986, s. 172–176.

²⁹⁶ *Eekelaar* 1986, s. 171. 180–182.

²⁹⁷ *Kurki-Suonio* 1999, s. 156.

²⁹⁸ *Eekelaar* on myöhemmin kehitellyt argumentaatiotaan lapsen dynaamista itsemääräämisoikeutta (*dynamic self-determinism*) koskevassa artikkelissaan. Ks. *Eekelaar* 1994. Lapsen oikeuksien sopimuksen voimaantulon jälkeen *Eekelaar* kehitti vielä intressejä koskevaa argumentaatiotaan soveltaen intressejä sopimuksen sisältöön. Ks. *Eekelaar* 1992. Tähän palataan seuraavan luvun yhteydessä tarkemmin.

²⁹⁹ *Aarnio* 1999, s. 385–386; *Kurki-Suonio* 1999, s. 4; *Auvinen* 2006, s. 213; *Kangas* 2012, s. 38; *Hakalehto – Savela* 2018, s. 421.

³⁰⁰ *Kaldal* 2010, s. 64–68; *Leviner* 2011, s. 100–105; *Singer* 2019, s. 38–40, 234–236; *Schiratzki* 2019, s. 40–46.

³⁰¹ *Schiratzki* 2019, s. 43ss. Oikeuden ulkopuolinen käsite viittaa yleisesti rakkauteen, hoivaan ja huolenpitoon, joita lapsi tarvitsee. Näiden toteuttaminen riippuu taas yksilön kyvystä ja hyvästä tahdosta antaa lapselle ”hieman ylimääräistä”. Tuomioistuimien ei voi esimerkiksi velvoittaa ketään rakastamaan lasta.

³⁰² *Leviner* 2011, s. 104–105; *Schiratzki* 2019, s. 40–46.

5.2. Sisällöllisiä lähtökohtia ja arviointikriteerejä

Lapsen etu on sisällöltään problemaattinen ja hyvin tilannesidonnainen. Perustavanlaatuinen kysymys on, kuka oikeastaan on oikea henkilö määrittämään tai päättämään lapsen edusta ja missä tilanteessa. Lapsen etu ei tarkoita samaa kuin lapsen tahto, mutta lapsen toiveet tulee kuitenkin ottaa vakavasti.³⁰³ Lapsen oikeutta tulla kuulluksi itseään koskevassa asiassa turvaa lapsen oikeuksien sopimuksen 12 artikla.³⁰⁴ Päätöksen tekee kuitenkin viimekädessä aikuinen. Toisaalta asiantuntijoidenkin näkemykset lapsen edusta voivat olla perustellusti erilaisia, johtuen erilaisista ammatillisista lähtökohdista, esimerkiksi poliisin, syyttäjän, sosiaaliviranomaisen ja lääkärin käsitykset voivat samassa asiassa erota olennaisesti toisistaan.³⁰⁵

Myös käännös aiheuttaa haasteita lapsen edun sisällön ymmärtämiselle. Sopimus ei ole todistusvoimainen suomenkielellä (art. 54) ja englanniksi sama asia onkin ilmaistu ”- - the best interest of the child shall be a primary consideration.”. Suomenkielistä käännöstä ei ole pidetty erityisen onnistuneena.³⁰⁶ Esimerkiksi ruotsiksi asia on ilmaistu sanoin: ”- - ska i första hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa”.³⁰⁷ Suomenkielistä sanamuotoa onkin kritisoitu siitä, että ”on otettava huomioon” saattaa liian dominoivana terminä kääntyä itseään vastaan, sillä muotoilu ei välttämättä edellytä harkintaa, vaan lapsen edun asettamista ikään kuin itsestään etusijalle. Paremmaksi suomennokseksi on esitetty ”- - on ensisijaisesti harkittava lapsen etua”.³⁰⁸

Lapsen oikeuksien komitea on luonnehtinut, että lapsen etu on monimutkainen, joustava ja mukautuva käsite. Se tulisi sopeuttaa ja määritellä tapauskohtaisesti kussakin erityistilan-

³⁰³ van Bueren 1995, s. 51; *Leviner* 2011, s. 110–111; *Pajulammi* 2014, s. 181.

³⁰⁴ Lapsen oikeuksien komitea on huomauttanut, että myös vauvoilla ja hyvin pienillä lapsilla on oikeus saada etunsa arvioituksi, kuten kaikilla muillakin lapsilla, vaikka eivät pystykään ilmaisemaan näkemyksiään ja edustaan itseään samalla tavalla kuin vanhemmat lapset. Valtioiden onkin luotava asianmukaiset järjestelyt, että myös vauvaikäiset lapset tulevat asianmukaisesti edustetuksi ja heidän etunsa arvioituksi. Ks. *CRC/C/GC/14*, kohta 44.

³⁰⁵ *Hakalehto-Wainio* 2013, s. 142.

³⁰⁶ *Hetemäki* 2011, s. 37; *Hakalehto-Wainio* 2011, s. 515.

³⁰⁷ Ruotsinkielinen käännös on hiljattain uudistettu, ja uuden käännöksen on todettu vastaavan paremmin sopimustekstin autenttista merkitystä ks. *Schiratzki* 2019, s. 39.

³⁰⁸ *Hetemäki* 2011, s. 37–39.

teessa ja samalla tulisi ottaa huomioon lapsen henkilökohtainen tilanne, olosuhteet ja tarpeet.³⁰⁹ Lapsen intressit ja tarpeet tulee ottaa huomioon niin lyhyellä, keskipitkällä kuin pitkälläkin aikajänteellä.³¹⁰ Komitea erittelee myös yleiskommentissaan ilman hierarkkisuutta ja tyhjentävyyttä lukuisia tekijöitä, jotka tulisi ottaa huomioon lapsen etua arvioidessa: lapsen näkemykset, identiteetti, huolenpito, suojelu, turvallisuus ja haavoittuva tilanne, perheen säilyttäminen ja suhteiden ylläpito sekä oikeus terveyteen ja koulutukseen.³¹¹ Toisaalla komitea huomauttaa, että arvioinnissa tulisi huomioida lapsen identiteetti, joka sisältää hänen kansalaisuutensa, kasvatuksensa, etnisen, kulttuurisen ja kielellisen taustan, erityisen haavoittuvuuden ja suojelun tarpeen.³¹² Lapsen edun määrittämisen tueksi on määritetty myös BIC-malli (*Best Interest of Child -Model*), joka koostuu neljästätoista huomioon otettavasta tekijästä, joilla turvataan ja edistetään lapsen kehitystä.³¹³

Edellisessä luvussa esitetyn *Eekelaarin* esittämän oikeusperustaisen intresseihin perustuvan mallin ydinajatuksena on lapsen väitteet. Lapsen edun sisällöllistä määrittämistä voidaan hahmottaa lapsen kuviteltujen väitteiden avulla. Perusintressejä koskevat väitteet käsittävät fyysinen, emotionaalisen ja älyllisen hoidon. Kehityksellisiin intresseihin puolestaan liittyisi väite siitä, että lapsella tulisi olla mahdollisuudet kehittyä niin, että hän saavuttaisi aikuisiän ilman haittapuolia, jos vain suinkin mahdollista. Autonomiaintressit sisältävät vapauden valita oma elämäntyylin.³¹⁴ Lapsen oikeuksien sopimus kokonaisuudessaan yhdistää lapsen intressit todelliseen elämään. Intressit eivät kuitenkaan ole itsestään toteutuvia tai selviä lapsen kannalta, vaan lapsen oikeuksien sopimuksella aikuisille uskottu tehtäväksi toteuttaa näitä ja valtion tulee osaltaan kunnioittaa näiden aikuisten tehtävää.³¹⁵ Jos taas lapsella on riittävä kyky tehdä itseään koskeva ratkaisu ilman ulkopuolista kontrollia, tällöin lapsen etu ei enää ole voimassa, vaan lapsi määrittelee itse oman etunsa. Lapsen perusintressit on katsottu kuitenkin niin tärkeäksi, ettei lapsella ole alaikäisyytensä aikana oikeutta luopua niistä.³¹⁶

³⁰⁹ CRC/C/GC/14, s. 9.

³¹⁰ Zermatten 2010, s. 485.

³¹¹ CRC/C/GC/14, s. 13–17.

³¹² CRC/GC/2005/6, kohta 20.

³¹³ Ks. Kalverboer – Zijlstra, – Knorth 2009, s. 65–67; van Os et al. 2016.

³¹⁴ Eekelaar 1992, s. 230 ss.

³¹⁵ Eekelaar 1992, s. 232 ss.

³¹⁶ Kurki-Suonio 1999, 156. Vrt. Eekelaar 1986, s. 181 ss. Mielenkiintoinen näkökulma on siinä, pitäisikö erityisesti täysi-ikäisyyttä lähestyvällä lapsella olla oikeus tai mahdollisuus tehdä omat virheensä.

5.3. Käännyttämisen ja kansainvälisen suojelun konteksti

Lapsen etuun sekä hänen kehitykseensä ja terveyteensä liittyviin seikkoihin on kiinnitettävä erityistä huomiota myös ulkomaalaislain mukaisessa päätöksenteossa (UlkomL 6 §) Vaatimus käsittää kaikki maasta poistamispäätöksen muodot, mukaan lukien käännyttämisen. Pykälää koskevissa lain esitöissä on korostettu lapsen edun yksilöllistä arviointia, sillä yhteistä määritelmää ei käsitteelle ole ja päätöksentekijän tulisikin siis ” – – selvittää, mikä ratkaisu juuri tässä tapauksessa on juuri tämän lapsen edun mukainen.”³¹⁷ Lainsäädännössä lapsen edun sisältöä ei tarkenneta säädöstasoisesti, eikä myöskään lainvalmisteluasiakirjoissa ohjata sisällöllistä tulkintaa millään tavalla. Tätä on onkin pidetty ongelmallisena.³¹⁸ Ulkomaalaisasioissa korostuu lapsen edun määrittäminen ja viranomaisen velvollisuus valvoa sen toteutumisesta, sillä lapsi on heikoin osapuoli tilanteessa, jossa lapsen ja yhteiskunnan edut ajautuvat herkästi ristiriitaan.³¹⁹

Lapsen edun tulisi olla yksi tärkeimmistä prosessuaalisista takeista myös kansainvälistä suojelua hakiessa. Periaatteella on merkitystä arvioitaessa kansainvälisen suojelun tarvetta aineellisoikeudellisesti ja valtiot helposti ylenkatsovat sopimuksesta johtuvaa velvoitetta. Lapsen edun periaate erityisesti edellyttää ikäsensitiivistä ja kattavaa soveltamista.³²⁰ Tämä tarkoittaa sitä, että jos säännökset tarjoavat useampia tulkintavaihtoehtoja, tulee valita sellainen tulkinta, joka parhaiten edistää lapsen edun toteutumista.³²¹ Lapsen edun huomiointi kansainvälisen suojelun yhteydessä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että periaate muuttaisi tai korvaisi pakolaissopimuksen määritelmällisiä kriteerejä. Periaate tuleekin ymmärtää ennemminkin normeja muotoavana tekijänä (*norm-shaping*) kuin normeja tuottavana (*norm-producing*) tekijänä.³²²

³¹⁷ HE 28/2003 vp., s. 114; HaVM 4/2004 vp., s. 8–9.

³¹⁸ Näin mm. Helander 2018, s. 9. Toisaalta liian tarkat laintasolla ilmaistut määritelmät voisivat heikentää ja rajoittaa soveltajan mahdollisuuksia ottaa lapsen edun arvioinnissa huomioon tapauksen yksilöllisiä piirteitä.

³¹⁹ HE 50/1998 vp., s. 18; HE 28/2003 vp., s. 114; HaVM 4/2004 vp., s. 8–9.

³²⁰ Pobjoy 2017, s. 197. Ks. lapsen edusta korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuissa Sormunen 2016. Parhaiten lapsen etu on tullut huomioiduksi juuri ulkomaalaisia koskevissa tapauksissa (mm. kansainvälinen suojelu, perheen yhdistäminen ja oleskeluluvat). Mts. 165–167. Vrt. Knuutila – Heiskanen 2014, s. 321, jotka toteavat, että Maahanmuutoviraston punninta on niukkaa ja osin ristiriitaista. Myöskään päätöksissä käytetyt vakiofraasit eivät heijasta tapauskohtaista arviointia.

³²¹ CRC/C/GC/14, kohta 6b.

³²² Pobjoy 2017, s. 198.

Lapsen edusta on esitetty jopa niinkin pitkälle meneviä tulkintoja, että se voisi tarjota myös itsenäisen perusteen perinteisen pakolaisjärjestelmän ulkopuolella. Lapsen edun määrittäminen voisi estää siis lapsen palauttamisen lähtömaahansa, vaikka lapsi ei olisikaan oikeutettu saamaan pakolaissopimuksen mukaista suojelua tai vaikka palautus ei olisi vastoin *non-refoulement* -kieltoa.³²³ Ajatuksen on väitetty saaneen laajaa akateemista³²⁴ ja institutionaalista³²⁵ tukea.³²⁶ Myös *McAdam* on korostanut lapsen edun merkitystä riippumatta kansainvälisen suojelun tarpeesta ja todennut, että periaate voi perustaa täydentävän suojeluperusteen (*complementary ground of protection*).³²⁷

Lapsen edun itsenäisen suojeluperusteen mahdollisuuden sijaan kirjallisuudessa on korostettu lapsen oikeuksien sopimuksen merkitystä kokonaisuudessaan. Sopimus kattaa yksilöllisesti koko lasten oikeuksien spektrin ja lapsen edun periaate on osa tätä kokonaisvaltaista järjestelmää, joka auttaa kiinnittämään huomiota lapsen kehitykseen ja itsensä toteuttamiseen.³²⁸ *Goodwin-Gillin* mukaan sopimusta voidaan hyödyntää: “as a model of the achievable, somewhat in the sense of checklist: a review of its provisions expands the conception of protection, while encouraging focus on the possibilities for effective implementation in any situation of forced migration.”³²⁹

Ulkomaalaislaissa ilmaistu lapsen etu eroaa olennaisesti lastensuojelulain (13.4.2007/417, LSL) muotoilusta. Lapsen etu on säädetty keskeiseksi periaatteeksi myös lastensuojelulain 4 §:ssä, jonka mukaan ”lastensuojelun tarvetta arvioitaessa ja lastensuojelua toteutettaessa

³²³ *Pobjoy* 2019, s. 834.

³²⁴ *McAdam* 2007; *Lundberg* 2011, s. 65–68. Vrt. *Bhabha – Young* 1999, s. 99: ”Rather, the best interests principle operates as an interpretative aid, broadening and deepening the scope of protection”.

³²⁵ *CRC/GC/2005/6*, kohdat 84–86; *CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22*, kohta B; *CRC Report of the 2012 Day of General Discussion*, kohta 72.

³²⁶ *Pobjoy* 2013, 129–136. Sittenmin *Pobjoy* on kehitellyt argumentointiaan, ks. *Pobjoy* 2017, s. 199. Oikeuskäytännössä tämä näkökulma ei ole toistaiseksi saanut kannatusta. Vrt. *KHO* 2019:22. Lapsen yksilöllisistä olosuhteista johtuen lapsiperheen käännättämisestä pidättäydyttiin, mutta tapauksessa ei ole viitattu lapsen etuun. Ks. myös *I.A.A. ja muut v. Yhdistyneet Kuningaskunnat*, kohta 46.

³²⁷ Ks. *McAdam* 2007, s. 173–174. Lapsen oikeuksien sopimuksella laajemminkin on nähty olevan kykyä rajoittaa valtion maasta poistamista koskevia toimia, ja myös sopimuksen periaatteet selventävät suojelukontekstia. Ks. *Mts.* 189.

³²⁸ *Goodwin-Gill* 1995, s. 410.

³²⁹ *Ibid.* Nimenomaan sopimuksen kokonaisvaltaisen merkityksen korostaminen on saanut laajaa hyväksynnän kirjallisuudessa. Ks. *Bhabha – Young* 1999, s. 93–96; *Foster* 2007, s. 64–66; *McAdam* 2006, s. 173–196.

on ensisijaisesti otettava huomioon lapsen etu”.³³⁰ Lapsen edun turvaaminen onkin lastensuojelun tärkein periaate.³³¹ Erilaisilla sanamuodoilla ei tulisi olla soveltamistilanteessa merkitystä, sillä molempien sekä ulkomaalaislain että lastensuojelulain säännösten tausta on lapsen oikeuksien sopimuksessa. Myös molempien säännösten esitöissä on viitattu lapsen oikeuksien sopimuksesta johtuvaan lapsen edun periaatteeseen.³³² Lastensuojelulain merkitystä lapsen edun arvioinnissa on kuitenkin korostettu turvapaikanhakijalasten kohdalla: päätöksissä lapsen etua tulisi arvioida ennen kaikkea lastensuojelulain kriteerien perusteella.³³³ Lapsen edun soveltamisen ei tulisikaan olla riippuvainen oikeudenalasta, jolla lapsen etua tulkitaan.³³⁴ Kuitenkin lapsen edun soveltaminen voi ulkomaalaisoikeudessa erota sen vuoksi, että esimerkiksi käännättämisen yhteydessä lapsen edun kanssa ilmenee muitakin intressejä, kuten valtion halu säännellä ja rajoittaa maahanmuuttoa.³³⁵

Kansainvälistä suojelua koskevissa tapauksissa lapsen edun määrittämisen ei tulisi merkittävästi poiketa lapsen edun yleisistä luonnehdinnoista tai muita asiaryhmiä koskevasta arvioinnista. Myös kansainvälisen suojelun yhteydessä lapsen etu tulee määrittää niin lyhyellä kuin pitkällä aikajänteellä, eikä päätöksessä pelkkä toteamus lapsen edun mukaisuudesta ilman eri tekijöiden määrittämistä ole riittävää. Arvioinnissa tulee ottaa huomioon kolme eri tekijää, joista ensimmäinen on lapsen mielipide huomioiden hänen ikä ja kehitystasonsa. Toinen tekijä on lapsen yksilöllisyys. Esimerkiksi vauvaikäisen kohdalla on olennaista kysyä, onko lapsi kokenut fyysistä tai henkistä kaltoinkohtelua tai kärsiikö hän vammasta tai sairaudesta. Lapsen edun sisältö onkin eri riippuen lapsen yksilöllisestä tilanteesta. Kolmantena tekijänä arvioinnissa tulee huomioida lapsen oikeuksien sopimus kokonaisuutena.³³⁶ Lapsen edusta maahanmuuttotapauksissa on syytä nostaa esille muutamia ominaispiirteitä. Ensiksikin lapsen edun periaatteen soveltaminen maahanmuuttotapauksissa on kaksivaiheinen prosessi. Ensimmäisessä vaiheessa määritetään lapsen edun sisältö tapauskohtaisesti ja

³³⁰ UlkomL 6 §:ssä vastaava ilmaisu on: ”päätokeenteossa on kiinnitettävä erityistä huomiota lapsen etuun”.

³³¹ HE 252/2006 vp., s. 117.

³³² HE 252/2006 vp., s. 117; HE 28/2003 vp., s. 119.

³³³ Parsons 2010, s. 75–76. LSL 4.2 §:ssä on listattu seitsemän eri arvioinnissa huomioon otettavaa tekijää. Kaikkien eri tekijöiden kattava arviointi ja punninta konkretisoivat päätöksentekijälle lapsen edun sisältöä yksittäistapauksessa.

³³⁴ Dane 2015, s. 199.

³³⁵ Maahanmuuton yhteydessä muutoinkin lapsen oikeuksille ja perhe-elämälle annettavan suojan merkitys on heikoimmillaan. Ks. van Bueren 2007, s. 123–126. Samoin myös lapsen edun rooli todellisuudessa erilainen ulkomaalaisoikeudessa kuin esimerkiksi lastensuojelussa tai huostaanotossa. Ks. Hakalehto – Sovela 2018, s. 421.

³³⁶ Pobjoy 2017, s. 225–228; Samoin Alston – Gilmour-Walsh 1996, s. 39.

tämän jälkeen arvioidaan, onko lapsen edun kanssa kilpailevia tekijöitä ja mikä niiden keskinäinen painoarvo on.³³⁷ Ensivaiheen arvioinnissa lapsen yksilöllisten olosuhteiden ohella erityistä huomiota tulisi kiinnittää myös hänen kotimaansa tilanteeseen, miten lasten oikeuksien sopimuksen oikeudet siellä toteutuvat. Arvioinnissa tulee tutkia objektiivisten todisteiden valossa lapsen olosuhteet ja ihmisoikeuksien tilanne vastaanottavassa valtiossa.³³⁸ Arviointi ei siis ole ainoastaan oikeusperustaista (*right-based*) vaan myös samalla näyttöön perustuvaa (*evidence-based*) arviointia.³³⁹ Maahanmuuttovirasto ohjeistaa lasta koskevassa päätöksenteossa kiinnittämään huomiota muun muassa turvalliseen lapsen kasvuympäristöön, perheeseen ja läheisiin ihmissuhteisiin, hyvinvointiin, kehitykseen, identiteettitarpeisiin ja lapsen osallistumiseen.³⁴⁰ Lapsen edun punninta suhteessa muihin kilpaileviin intresseihin on maahanmuuttoon liittyvissä tapauksissa hyvin omintakeista, sillä vastassa saattaa olla yhteiskunnallisia ja hyvin painavia intressejä, kuten maahanmuuton rajoittaminen ja valvonta tai yleinen turvallisuus. Lapsen edun punnintaa suhteessa muihin intresseihin palataan seuraavassa luvussa.

Toinen ominaispiirre maahanmuuttotapauksissa liittyy lähtökohtaan, jonka mukaan lapsen etu on olla vanhempiensa mukana. Toisenlaiseen lopputulokseen päädytään vain poikkeuksellisesti ja painavin perustein.³⁴¹ Tästä seuraa muun muassa se, että jos vanhemmat saavat kansainvälistä suojelua, lapsen edun mukaista on saada oleskeluluvan vanhempien statuksen perusteella. Lapsen edun määrittämisen kannalta syntyy kuitenkin vaikea tilanne silloin, kun vanhemmilla tai lapsella ei ole perustetta kansainväliseen suojeluun. Tällöin päätöksentekijällä on taipumus arvioida lapsen etu sillä taustaoletuksella, että vanhemmat poistetaan maasta, jolloin lapsen etu on pysyä vanhempien mukana ja poistua maasta.³⁴² Lapsen etu nähdäänkin usein vanhempien maasta poistamisen kontekstissa lapsen oman suojeluaseman

³³⁷ Ks. *Pobjoy* 2017, 238. UlkomL 6 §:ssä tai sitä koskevissa esitöissä ei tähän näkökulmaan ole kiinnitetty lainkaan huomiota. Laissa tai sen esitöissä ei oteta kantaa, kuinka lapsen etua tulisi punnita ja arvioida suhteessa muihin intresseihin (esimerkiksi maahanmuuton hallintaan).

³³⁸ *Pobjoy* 2017, s. 229.

³³⁹ Ks. *Tobin* 2009, s. 590–592. Tulkinnan tulee olla yhtäältä myös subjektiivista ja objektiivista. Objektiivinen arviointi perustuu tieteellisesti todennettaviin seikkoihin (esim. maatieto ja turvallisuustilanne) ja subjektiivinen puolestaan lapsen yksilöllisiin seikkoihin kuten turvalliseen ympäristöön ottaen huomioon yksilölliset kasvuun ja kehitykseen liittyvät seikat. Ks. myös *Singer* 2019, s. 41–43.

³⁴⁰ *Maahanmuuttovirasto* 2013, s. 47–56. Nämä mukailevat pitkälti lastensuojelulain 4 §:ää ja lapsenoikeuksien komitean yleiskommentteja, vaikkakaan luettelo ei kata kaikkia lastensuojelulaissa ja yleiskommenteissa mainittuja näkökohtia. Ks. myös lapsen edusta maasta poistamisen yhteydessä *Maahanmuuttovirasto* 2019, s. 21–22.

³⁴¹ *Haase v. Saksa*, kohdat 30, 97.

³⁴² *Pobjoy* 2017, s. 231–233.

määrittämisen sijaan.³⁴³ Tämä lähtökohta ei vastaa lapsen oikeuksien sopimuksen sisältöä. Periaatteellisemmaksi lähestymistavaksi on esitetty, että lapsen etu tulisi arvioida lapsen oikeuksien sopimuksen taustaa vasten yksilöllisesti ja irrallaan vanhempien maahanmuuttostatuksesta.³⁴⁴ Tämä lähestymistapa edistäisi tärkeää periaatteellista lähtökohtaa, että lapsen etua arvioitaessa korostuisi lapsen yksilöllisyys ja henkilökohtaiset olosuhteet.

Lapsen edun arvioinnin ja määrittämisen käytännöt turvapaikkaprosessissa ovat saaneet kritiikkiä Pohjoismaissa. UNICEFin selvityksessä todetaan, että kaikissa Pohjoismaissa³⁴⁵ puuttuu selvät protokollat ja muodot, miten lapsen etu arvioidaan ja määritetään, mikä voi edelleen johtaa huonolaatuisiin arviointeihin ja puutteellisiin käytäntöihin.³⁴⁶ Myös käytännöt eri maiden välillä vaihtelivat suuresti. Esimerkiksi Suomessa Maahanmuuttovirastolla on ollut tapana pitää lasten etua identtisenä lapsen perheen kanssa ja usein ylenkatsonut lapsen edun yksilöllistä määrittämistä.³⁴⁷ Ruotsissa avustajille tehdyn haastattelututkimuksen mukaan ongelmaksi koettiin se, ettei lapsilla ollut yleensä omaa erillistä turvapaikka-asiaa. Tämän seurauksena lapsen turvapaikkaperusteet eivät tulleet täysin selvitettyksi. Avustajat kokivat myös, että lapsen etu oli vähämerkityksellinen turvapaikkamenettelyssä. Lapsen etu saattoi olla ratkaiseva vain, jos lapsi oli vakavasti sairas.³⁴⁸

3 artiklan ilmaisu ”kaikkien toimien” (*all actions*) valossa on hieman epäselvää, miten se tulisi ymmärtää käännättämiseen liittyvien toimenpiteiden kannalta. Valmisteluvaiheessa sanan *toimien* sisällöstä ei ollut keskustelua.³⁴⁹ Valmisteluvaiheessa kuitenkin esitettiin tarkennukseksi muun muassa sanaa ”official”, mikä ei tullut hyväksytyksi. Ranskankielinen käännös (*décisions*) viittaa ainoastaan päätöksiin ja espanjankielinen ilmaisu (*en todas las*

³⁴³ Ks. McAdam 2007, s. 189–194, joka on tutkinut lapsen edun arviointia vanhempien maastapoistamispäätöksissä Australiassa, Kanadassa ja Yhdysvalloissa.

³⁴⁴ Pobjoy 2017, s. 231–233.

³⁴⁵ Tanska, Norja, Suomi Ruotsi ja Islanti.

³⁴⁶ UNICEF 2018, s. 36.

³⁴⁷ *Ibid.* Muun muassa Norjassa havaittiin puutteita koulutuksessa ja materiaalisissa vanhempien mukana tulleiden lasten lapsen edun arvioinnissa.

³⁴⁸ Ottoson 2018, s. 18. Päätelmissä myös todettiin, että tutkimus osoittaa aiempien tutkimusten tavoin merkittävän kuilun politiikan ja käytännön välillä. Syyksi tähän esitettiin resurssien niukkuudesta ja organisaatioon liittyvistä rajoituksista. Myös periaatteiden ristiriitaisuutta arveltiin yhdeksi syyksi: lapsen etuun keskittyvä lapsinäkökulma oli selvästi toissijainen valtion intressille ylläpitää säänneltyä maahanmuuttoa. *Mts.* 22.

³⁴⁹ Freeman 2007, s. 44–45.

medidas concernientes a los niños) puolestaan käsittää toimenpiteet.³⁵⁰ Toimilla on kuitenkin ymmärretty laajasti viranomaisen toimien lisäksi myös viranomaisen toimien puutteen ja laiminlyönnit.³⁵¹

Lapsen etua koskevassa yleiskommentissaan komitea on todennut 3 artiklan 1 kohdassa asetettavan valtiolle kolmenlaisia velvoitteita. Lapsen etua ei tule sisällyttää ainoastaan lainsäädäntöön ja päätöksentekoon, vaan myös lapsiin suoraan tai välillisesti kohdistuviin täytäntöönpanotoimenpiteisiin ja hallinnollisiin menettelyihin.³⁵² Komitea on määritellyt, ettei ”toimella” tarkoiteta ainoastaan päätöksiä, vaan kaikkia tekoja, menettelytapoja, ehdotuksia, palveluita, menettelyjä ja muita toimenpiteitä.³⁵³ Varhaislapsuutta koskevassa kommentissaan komitea on korostanut lapsen edun periaatteen huomioimisen tärkeyttä kaikessa juridisessa ja hallinnollisessa päätöksenteossa ja oikeudenkäynnissä. Lisäksi periaate tulee huomioida lakien ja politikkojen kehittämisessä sekä palvelujen tarjonnassa (kuten koulut, terveystalvelut ja hoitojärjestelmät).³⁵⁴ Komitean tulkinta ”toimista” tuleekin ymmärtää laajentavasti niin, ettei niiden piiristä ole ollut tarkoitus rajata mitään ulkopuolelle, ei siis käännättämistoimenpiteitäkään.

Kuten erikieliset käännökset osoittavat, sisältö on ymmärrettävissä eri tavoin riippuen käännöstekstistä. Laaja yksimielisyys vallitsee kuitenkin siitä, että silloin kun lasta koskeva päätös tehdään, on lapsen edun arviointi suoritettava.³⁵⁵ Käännyttäminen on toimenpide, joka vaikuttaa erityisen voimakkaasti lapsen elämään ja tulevaisuuteen. Lisäksi käännättämisellä puututaan voimakkaasti lapsen asuinpaikkaan, kun häneltä estetään oleskelu tietyn valtion alueella. Koska kyse on toimista, joilla on erityisen suuri vaikutus lapsen elämään ja tulevaisuuteen, on tältä kannalta katsoen perusteltua ymmärtää velvoitteen lapsen edun huomioimisesta kattavan myös käännättämistoimet. Käännättämisessä lapsen edun huomiointi voi toisaalta tarkoittaa sitä, että poliisi toimia suorittaessaan ikään kuin implisiittisesti huomioi

³⁵⁰ *Zermatten* 2010, 487.

³⁵¹ *van Bueren* 1995, s. 46; *Freeman* 2007, s. 45.

³⁵² *CRC/C/GC/14*, s. kohta 15–16.

³⁵³ *CRC/C/GC/14*, kohta 14.

³⁵⁴ *CRC/C/GC/7*, kohta 13.

³⁵⁵ Lapsen oikeuksien komitea on huomauttanut Norjalle, että valtion tulee varmistaa, että lapsen etu on ensisijainen näkökohta myös vanhempia koskevissa maasta poistamispäätöksissä. *Norway CRC/C15/Add.263*, kohta 22; *CRC Report of the 2012 Day of General Discussion*, kohta 72.

lapsen edun toteutumisen.³⁵⁶ Poliisin on suoritettava toimenpiteet niin, että lapsen hyvinvoinnista huolehditaan koko toimeenpanoprosessin ajan. Vaikeampi kysymys on se, edellyttääkö lapsen etua koskeva velvoite itsessään myös kirjallista päätöstä, jos sitä ei (vielä) ennen täytäntöönpanoa ole tehty. Tähän kysymykseen palataan luvun lopussa.

5.4. Lapsen edun punninta käännätyssä

Ulkomaalaisoikeus on todettu alueeksi, jossa lapsen etu on heikoimmillaan.³⁵⁷ Myös ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa tämä näkökulma on saanut laajaa hyväksyntää.³⁵⁸ Lapsen etua voidaan joutua punnitsemaan monien muiden intressien kanssa. Lapsen oikeuksien sopimuksen valmisteluvaiheessa on ollut tietoinen valinta, että sanamuodoksi on otettu nimenomaisesti ”a primary consideration” sen sijaan että se olisi ”the primary consideration” (kurs. tässä). Tällä on tahdottu ilmaista, että lapsen etu on yksi harkittavista tekijöistä, mutta sitä ei tule pitää yhtenä ainoana ja ylivoimaisena tekijänä. Englannin kielen epämääräisen artikkelin ”a” valinnalla on implisiittinen tavoite varmistaa ainakin ääritapauksissa riittävästi joustavuutta mahdollistamaan muidenkin kuin lapsen edut.³⁵⁹

Lapsen edun kannalta merkittävin kilpaileva intressi on valtion tarve säännellä ja rajoittaa maahanmuuttoa.³⁶⁰ Lapsen oikeuksien komitea on yleiskommentissaan todennut, etteivät kuitenkaan oikeuksiin perustumattomat syyt, esimerkiksi yleinen maahanmuuton valvonta, voi mennä lapsen edun edelle.³⁶¹ Lapsen oikeuksien sopimuksen valmisteluvaiheessa vain vähemmistö hyväksyi nimenomaisesti, että maahanmuuttopolitiikan näkökohdat on oikeutettuja 3 artiklan nojalla ja hyväksyi sen, ettei harkinnan tarvitse olla oikeusperustaista, jotta lapsen etu voidaan ohittaa.³⁶²

³⁵⁶ Ks. KHO 2003:73.

³⁵⁷ van Bueren 2007, s. 123–126; Hakalehto – Sovela 2018, 420.

³⁵⁸ Prop. 1996/97:25, s. 246–248; Prop. 2015/16:174, s. 52; Schiratzki 2019, s. 42. Ks. myös Thorburn Stern 2015, s. 251–252. Toisaalta YK:n ihmisoikeuskomitea on esittänyt vastakkaisen näkemyksen, että lapsen edun periaatteen tulisi ohittaa myös maahanmuuttopolitiikkaan liittyvät säännökset. Ks. A/HRC/15/29 2010, kohta 24.

³⁵⁹ Alston 1994, s. 12–13. Ks. myös van Bueren 1995, s. 46; Zermatten 2015, s. 35: ’a’-artikkelin valinnan ei ole tulkittu heikentävän kuitenkaan periaatteen merkitystä. Samoin oikeuskäytännön osalta I.A.A. ja muut v. Yhdistyneet Kuningaskunnat, kohta 16.

³⁶⁰ Pobjoy 2017, 236.

³⁶¹ CRC/GC/2005/6, para. 86.

³⁶² Sandberg 2014, s. 10. Vrt. Lord Kerr ratkaisussa *ZH (Tanzania) (FC) v Secretary of State for the Home Department*, kohta 46: ”Lapsen edulla ei ole kuitenkaan rajoittamaton merkitys suhteessa muihin näkökohtiin. Sen on kuitenkin oltava korkeampi kuin mikään muu, eikä se ole vain yksi punnittava seikka muiden tasapainotettavien tekijöiden rinnalla.”

Jotta lapsen etu voitaisiin ohittaa, täytyy kolme edellytystä täyttyä. Ensiksi puuttumiselle tulisi olla laillinen perusta. Toiseksi puuttumisen tulisi olla välttämätöntä oikeutetun päämäärän tai pakottavan sosiaalisen tarpeen saavuttamiseksi ja viimeisenä edellytyksenä toimenpiteiden tulee olla oikeasuhtaisia tavoiteltuun päämäärään nähden. Lähestymistapa edellyttää arviointia siitä, (a) onko toteutetun toimenpiteen ja tavoitellun tavoitteen välillä objektiivinen perusta tai järkevä yhteys ja (b) onko olemassa kohtuullisia vaihtoehtoisia toimenpiteitä, joilla vältettäisiin tai minimoitaisiin oikeuteen puuttuminen.³⁶³

UNHCR on koonnut yhteen ja analysoinut selvityksessään useita eri näkökohtia, joita päätöksentekijän tulisi punnita lapsen etua arvioidessaan.³⁶⁴ Lapsen edun edelle meneviä intressejä voivat poikkeuksellisesti olla esimerkiksi muiden turvallisuus. Tällaisissa tilanteissa päätös tulisi kuitenkin huolellisesti analysoida ja perustella.³⁶⁵ Erityisesti silloin kun valtion turvallisuudesta on kyse, on katsottu, että lapsen etua on jopa helppokin kaventaa, sillä koko yhteiskunnan suojelemiseen verrattuna lapsen edulla on vähäinen arvo.³⁶⁶

YK:n ihmisoikeuskomitea on puolestaan eräässä ratkaisussaan arvioinut, että vaikka valtioilla on huomattava mahdollisuus panna täytäntöön maahanmuuttopolitiikkaansa ja vaatia laittomasti maassa olevien henkilöiden poistumista, ei tämä harkintavalta ole rajoittamaton, eikä tule käyttää tietyissä olosuhteissa mielivaltaisesti.³⁶⁷ Samassa tapauksessa tosin esitettiin myös eriävä mielipide, jossa todettiin, että vaikka vanhempinsa mukana maasta poistettu lapsi kokisi mukautumisvaikeuksia, nämä vaikeudet eivät ole suhteettomia verrattuna valtion intressiin panna täytäntöön maahanmuuttolakejaan.³⁶⁸

Toisaalta maahanmuuton yhteydessä on nähty myös julkinen intressi edistää lapsen edun toteutumista. Kuitenkin maahanmuuttotapauksissa tiivistyy yhteiskunnan ja lapsen eturistiriidat. Yhteiskunta päättää, että vanhempien olisi poistuttava maasta, ja lapsen etu usein ymmärretäänkin vain vanhempien etujen laajenuksena.³⁶⁹ Näin sen ei kuitenkaan tulisi olla.

³⁶³ *Eekelaar – Tobin* 2019, s. 97.

³⁶⁴ Ks. *UNHCR* 2008, luku 3. Balancing competing rights in making a decision.

³⁶⁵ *UNHCR* 2008, s. 76.

³⁶⁶ *Haugli – Shinkareva* 2012, s. 354. Tämä saattaa ilmetä esimerkiksi silloin, kun lapsen vanhempi karkotetaan maasta rikokseen syyllistymisen perusteella. Ks. *KHO* 2016:12.

³⁶⁷ *Hendrick Winata ja So Lan Li v. Australia*, kohta 7.3.

³⁶⁸ *Hendrick Winata ja So Lan Li v. Australia*, kohta 5.

³⁶⁹ *van Hooijdonk* 2016, s. 42.

Yhteiskunnallisen edun ja lapsen edun punnintaa vastakkain ei ole nähty kestäväenä.³⁷⁰ Sen sijaan lapsen edun painottamisella ja lapsen asettamisella etusijalle on nähty olevan vaikutusta koko yhteiskunnan hyvinvointiin ja se on myös keino rakentaa tulevaisuutta.³⁷¹

5.5. EIT:n tulkintakäytäntö

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on antanut useita ratkaisuja lapsen edun arvioinnista maahanmuuttoon liittyen. Tapauksissa EIT on arvioinut lapsen etua Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan (oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta) valossa ja useimmat tapaukset liittyvät perheenyhdistämiseen. Vaikka kyse onkin perheenyhdistämisestä, tapaukset havainnollistavat hyvin sitä, miten lapsen etuun suhtaudutaan silloin, kun kyse on maahanmuutosta. Silloin jos perheenyhdistämisen edellytykset (UlkomL 114 §) eivät täyty, päättää viranomainen samalla käännästyttämisestä, jossa on arvioitava lapsen etu.

EIT:n roolina ei ole korvata toimivaltaista kansallista tuomioistuinta, vaan pikemminkin tarkastella yleissopimuksen valossa sitä, kuinka viranomaiset ovat käyttäneet harkintavaltaansa päätöksissään.³⁷² Silloin kun EIT ei ole tyytyväinen kansallisen viranomaisen työhön, se käy eräänlaista implisiittistä keskustelua siitä, mikä sopii lapsen edun periaatteeseen ja mitä eri tekijöitä tulisi tietyissä tapauksissa ottaa huomioon.³⁷³

EIT on ratkaisuissaan kiinnittänyt huomiota seikkoihin, joita lapsen edun yhteydessä tulisi arvioida. Erityistä huomiota tulisi kiinnittää alaikäisten lasten olosuhteisiin sekä erityisesti heidän ikäänsä, tilanteeseensa asianomaisessa maassa tai maissa ja missä määrin lapset ovat riippuvaisia vanhemmistaan.³⁷⁴ EIT on korostanut myös lapsen edun tapauskohtaista arviointia ja tehtävän kuuluvan esisijaisesti kansallisille viranomaisille, jotka käyttävät harkintavaltaansa kuitenkin yhteisön tuomioistuimen valvonnan alaisina.³⁷⁵ Lapsen edun periaatetta kuitenkin tulisi aina soveltaa johdonmukaisesti riippumatta siitä, mihin kansainväliseen sopimukseen vedotaan.³⁷⁶

³⁷⁰ *Pobjoy* 2017, s. 237.

³⁷¹ *Freeman* 2007, s. 41.

³⁷² *Hokkanen v. Suomi*, kohta 55.

³⁷³ *Dane* 2015, s. 204.

³⁷⁴ *Jeunesse v. Alankomaat*, kohta 118.

³⁷⁵ *Neulinger ja Shruk v. Sveitsi*, kohta 138; *Kosmopoulou v. Kreikka*, kohta 48.

³⁷⁶ *Maumousseau ja Washington v. Ranska*, kohta 71.

EIT on myös ratkaisuihissaan punninnut lapsen edun merkitystä ja painoarvoa suhteessa perheen tai lapsen oikeuteen jäädä maahan. Perheenyhdistämistä koskevassa tapauksessa todennut, että vaikka lapsen etu on asetettava etusijalle, ei se voi olla ”valttikortti” (”trump card”), jonka nojalla olisi sallittava pääsy sopimusvaltioon kaikille lapsille, joilla olisi parempi elämä tuossa valtiossa.³⁷⁷ Vaikka jääminen tiettyyn maahan saattaisi olla perheen ja lapsien etujen mukaista, ei EIS 8 artikla takaa oikeutta valita perheelle sopivinta mahdollista asuinpaikkaa kehittääkseen ja ylläpitääkseen perhe-elämää.³⁷⁸ Lapsen edun ei ole nähty olevan, eikä se voi itsessään olla ratkaiseva asian lopputuloksen kannalta, mutta sille on kuitenkin annettava huomattava painoarvo.³⁷⁹

Lapset nähdään erityisen sopeutumiskykyisiksi uusiin olosuhteisiin ja lasten maasta poistamista arvioidaankin usein myös tästä näkökulmasta. Usein lähtökohta onkin, että mitä nuoremasta lapsesta on kyse, sen helpommaksi hänen sopeutumisensa ja paluunsa lähtömaahan katsotaan. Näkökulma on hyvin havaittavissa tapauksessa *Josef v. Belgia*, jossa hakijalla oli kolme Belgiassa syntyntä lasta. Vanhin heistä oli kuusi vuotias ja nuorin vain yksi vuotias. EIT arvioi, että vaikka heidän maasta poistamisensa ei olisi heille suotuisaa, on heidän sopeutumiskykynsä edelleen riittävän suuri heidän palatessaan alkuperämaahan Nigeriaan.³⁸⁰ Vaikka vauvaikäiset lapset erityisesti ovat sopeutumiskykyisiä, tällaista lähtökohtaa voidaan myös kritisoida, sillä saman aikaisesti he ovat erityisen herkkiä ja reagoivia ympäristössä tapahtuville muutoksille. Pienet lapset eivät ole tietoisia esimerkiksi yhteiskunnassa olevasta sodasta tai väkivallasta, mutta kokevat olosuhteista johtuvat haitalliset vaikutukset sitäkin voimakkaammin.³⁸¹

Oikeuskäytännössä maahanmuuton kontrolliin liittyvillä yleisillä näkökohdilla ja intresseillä on nähty olevan merkittävä painoarvo lapsen edun arvioinnissa EIS 8 artiklan näkökulmasta. Maasta poistamisen on vain poikkeuksellisesti katsottu voivan loukata 8 artiklaa ja lapsen

³⁷⁷ *I.A.A. ja muut v. Yhdistyneet Kuningaskunnat*, kohta 46.

³⁷⁸ *Berisha v. Sveitsi*, kohta 61.

³⁷⁹ *Jeunesse v. Alankomaat*, kohta 109.

³⁸⁰ *Josef v. Belgia*, kohta 142. Belgian parempia koulutusmahdollisuuksia ei tullut asiassa ottaa huomioon.

³⁸¹ Lasten elämässä ilmenevät haitalliset vaikutukset voivat johtua mm. vanhempien kokemasta pelosta, jännityksestä tai masentuneisuudesta. Pienet lapset voivat kärsiä myös alivirkkeisyydestä siksi, etteivät vanhemmat tai hoitajat pysty tarjoamaan emotionaalista tai fyysistä tukea vaikeiden olosuhteiden keskellä. Epävarmuutta ja pelkoa kokevat vanhemmat välittävät huolensa myös lapsilleen ja saattavat olla emotionaalisesti reagoimattomia heille, mikä puolestaan vaikuttaa kielteisesti lasten hyvinvointiin. Vanhempien ongelmien vuoksi lapsi voi kärsiä myös perustarpeiden kuten ruuan, vaatteiden tai lääkinnällisen avun puutteesta. Ks. *Almqvist – Broberg* 1999, s. 723–728; *Kalverbroer – Zijlstra – Knorth* 2009, s. 50 ss.

edun vastaista, silloin kun perhe-elämää on alettu viettämään tilanteessa, jossa sen jatkuminen oleskelumaassa on alun perinkin epävarmaa. Valtion harkintavalta onkin laaja silloin, kun ulkomaalaisella ei vielä ole ollut oleskelulupaa lainkaan.³⁸² Valtion edellytetäänkin löytävän oikeudenmukainen tasapaino valtion intressin valvoa maahanmuuttoa ja perheen intressin kehittää perhe-elämää välillä.³⁸³

5.6. Lapsen edun kritiikki

Lapsen edun periaate on saanut osakseen laajaa kritiikkiä sen avoimuuden ja määrittelemättömyyden (*indeterminacy*) vuoksi.³⁸⁴ Avointa lähestymistapaa on kritisoitu siitä näkökulmasta, että sellaisenaan lapsen etua on vaikea yhdistää perinteisiin oikeusvaltioperiaatteisiin, kuten yhdenvertaisuuteen lain edessä tai ennustettavuuteen.³⁸⁵ Käsitteen vaikea sisällöllinen ennustettavuus voi aiheuttaa myös lopullisissa päätöksissä epäjohtomukaisuuksia ja herättää osapuolissa epävarmuutta.³⁸⁶ Huolenaiheena on myös se, että lapsen edusta voi tulla vain savuverho,³⁸⁷ jonka taakse kätketään päätöksien todelliset perustelut tai osapuolten motiivit, esimerkiksi henkilön oma ideologia siitä, millainen on hyvä äiti tai isä.³⁸⁸

Lapsen edun periaatetta on kritisoitu siitä, että se on avoin erilaisille kulttuurisille sidonnaisuuksille – eri kulttuureissa periaatteelle annetaan eri sisältö. Kritiikki osuu samaan maaliin avoimuuden ja määrittelemättömyyden kanssa, sillä juuri se voi tarjota mahdollisuuden tilan kulttuuristen näkökohtien oikeuttamiselle. Periaatteesta onkin pelätty tulevan ”troijan hevonen”, joka mahdollistaa kulttuuristen näkökohtien ujuttamisen lapsen oikeuksien alueelle, mikä lopulta voisi heikentää sopimuksen heijastamaa pohjimmaista yksimielisyyttä.³⁸⁹

³⁸² Aer 2016, s. 129. Ks. myös Pellonpää et al. 2018 s. 828.

³⁸³ I.A.A. ja muut v. Yhdistyneet Kuningaskunnat, kohta 40. Ks. Tuqubabo-Tekle ja muut v. Alankomaat, kohta 44, jossa todetaan, että arvioinnissa tulee kiinnittää huomiota myös lasten ikään.

³⁸⁴ Parker 1994, s. 29–33; Alston – Gilmour-Walsh 1996, s. 15; Tuitt 2000, s. 152. Ks. kriittisistä äänensävyistä kattavasti erityisesti Reece 1996, s. 271–274. Vrt. McAdam 2007, s. 180: Määrittelemättömyyden on kuitenkin toisaalta esitetty mahdollistavan myös soveltamisen joustavuutta, minkä pakolaissopimuksen 1A artikla estää.

³⁸⁵ Schiratzki 2000, 206–207.

³⁸⁶ Herring 2007, s. 407.

³⁸⁷ Ibid.

³⁸⁸ Reece 1996, s. 269–270; Herring 2007, 407.

³⁸⁹ Alston – Gilmour-Walsh 1996, s. 2, 17–23. Ks. myös Freeman 2007 s. 33–40. Ks. Kurki-Suonio 1999, joka on tutkinut kulttuuristen tekijöiden vaikutuksesta lapsen edun tulkintaan Ruotsissa, Saksassa, Englannissa ja Kalifornian osavaltiossa Yhdysvalloissa.

Yli kaksikymmentä vuotta sitten jo todettiin, että tieteellistä mittaa tai viisasten kiveä, jota voitaisiin hyödyntää lapsen etua määrittäessä ei ole olemassa, eikä tulla löytämään.³⁹⁰ Tilanne näyttäisi vallitsevan edelleen. Lapsen edun määrittäminen kuitenkin tulisi olla muuta kuin pelkkää tietyn instrumentin käyttämistä ja tarkistuslistojen täyttämistä. Kritiikki periaatteen ”objektiivisen” tulkinnan savuttamattomuudesta on nähty kohdistuvan ennemminkin koulutukseen. Lasten psykologian, kehityksen ja lapsioikeudellisen näkökulman ymmärtämisellä on tärkeä lisäarvo erityisesti silloin, jos päätöksiä tekevät henkilöt, joiden erityisosaaminen ja kokemus eivät ole lapsioikeudessa.³⁹¹ Tämä pätee myös kääntämisen päätöksenteossa.

On tärkeää tiedostaa, että lapsen edun arviointiin liittyy aina kolme subjektiivisuuden tasoa: vanhemman, huoltajan tai laillisen edustajan subjektiivisuus, lapsen tai lapsien subjektiivisuus, ja päätöksentekijän subjektiivisuus.³⁹² Siinä missä lapsen edun käsite voidaan nähdä sisällöllisesti rikkaana ja sen asettamat kriteerit joustavina, niin paljastaa se samanaikaisesti myös sen heikkoudet.³⁹³ Epävarmuus ja määrittelemättömyys on kuitenkin luonteenomaista lapsen edun periaatteelle, mitä jotkut saattavat pitää hyveenä. On kuitenkin tunnustettava, että määrittelemättömyys on välttämätöntä tapauskohtaiselle lähestymistavalle, jota myös lapsen edulle asetetut arviointikriteerit edellyttävät.³⁹⁴

Kovasta kritiikistä huolimatta lapsen etu välittää tärkeää symbolista viestiä. Se tunnustaa lapsen ihmisarvon ja haavoittuvuuden sekä ennen kaikkea sen, että lapsi itsessään on tärkeä.³⁹⁵ Lapsen edun ydin on sen laajassa, joustavassa ja (ajan ja tilan suhteen) reagoivassa sisällössä, jota voidaan mukauttaa eri oikeusjärjestelmiin ja niiden erilaisiin kulttuurisiin ja sosioekonomisiin eroihin. Tässä mielessä periaate on käytännön työkalu, jota voidaan soveltaa kaikkialla ja joka on hyödyllinen kaikille. Se on kuin yleissopimuksen ”jokapaikanhöylä” tai ”yleismies Jantunen”. Se on hyvä monessa, mutta ei missään täydellinen. Tällaisena työkaluna on luomassa yhteyttä teorian ja todellisuuden välille.³⁹⁶

³⁹⁰ van Bueren 1995, s. 49.

³⁹¹ *Op de Beeck et al.* 2004, s. 33–35 mainittuine viitteineen.

³⁹² Zermatten 2010, s. 494.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ van Bueren 2007, s. 36.

³⁹⁵ Herring 2007, s. 408.

³⁹⁶ Zermatten 2010, s. 495.

5.7. Yhteenveto

Tässä jaksossa on selvitetty ja analysoitu lapsen etua. Lapsen edusta voimakkaimmin nousee esille sen luonne tulkintaperiaatteena, jollaisena se voidaan ensisijaisesti ymmärtää. Näkemystä tukee ensiksi syrjimättömyyttä käsittelevässä kappaleessa luonnehdittu oikeuden ja periaatteen ero. Lapsen edun rooli tulkintaperiaatteena korostuu erityisesti maahanmuuttoon liittyvissä tapauksissa, joissa lapsen edun kanssa vastakkaiseksi intressiksi nousee usein valtion intressi valvoa ja säännellä maahanmuuttoa, ja näitä joudutaan punnitsemaan keskenään. *Dworkinin* luonnehdinnan mukaan yksi periaatteen keskeisiä ominaisuuksista on, että se voi joutua konfliktiin muiden sääntöjen ja periaatteiden kanssa, joita yksittäistapauksessa joudutaan punnitsemaan keskenään.³⁹⁷ Lapsen edun periaatteen luonnetta kuvaa myöskin se, että kaikissa tilanteissa lapsen etu ei kuitenkaan ole ehdoton ja ensisijainen – tietyissä tilanteissa se voi joutua väistymään muiden intressien tieltä.

Vaikka lapsen etua on yhtäältä luonnehdittu myös aineelliseksi oikeudeksi, jää tämän merkitys kuitenkin lopulta vähäisemmäksi ja hieman myös epäselväksi oikeuskirjallisuuden valossa. On selvää, että aina kun tehdään lasta tai lapsiryhmää koskevia päätöksiä, on lapsen edun arviointi sisällytettävä päätöksentekoon. Lapsella on oikeus siihen, että periaatetta sovelletaan, kun tehdään häntä koskeva päätös. Pelkästään tämän yksimielisyyden perusteella ei voida tehdä kuitenkaan laajentavaa tulkintaa siitä, että lapsen etu itsessään edellyttäisi viranomaisilta tietynlaisia toimia, esimerkiksi kirjallista päätöstä. Lapsen etu ei itsessään luo normeja, vaan ainoastaan muovaa jo olemassa olevia. Lapsella on oikeus saada etunsa otetuksi huomioon, mutta tämä oikeus ei itsessään luo oikeutta perusteltuun päätökseen.

Lapsen etu tulee huomioida kaikissa lasta koskevissa toimita. Toimet kattavat yhtä lailla myös käännyttämistoimet. Käännyttämisessä tämä velvoite kohdistuu lähinnä poliisiin täytäntöönpanoviranomaisena, jonka tulee huolehtia lapsen edun toteutumisesta myös täytäntöönpanoa suoritettaessa. Aineellisen oikeuden kanssa kulkee käsi kädessä myös lapsen edun luonne menettelysääntönä. Menettelyllinen velvoite näyttäisi kuitenkin kohdistuvan nimenomaan päätöksentekoprosessiin. Lapsella on oikeus saada etunsa arvioiduksi, kun tehdään häntä koskeva päätös. Viranomaiselle asetettu velvoite on niin selkeä, että jos lapsen etua ei

³⁹⁷ Ks. luku 4.1.

päätöksessä arvioida lainkaan, antaa tämä vahvan perusteen muutoksenhauille, sillä päätöksen lopputuloksen lapsen edun mukaisuudesta viranomainen ei tällöin ole voinut varmistua.

Lapsen edun luonne oikeutena, periaatteena ja menettelysääntönä ja näiden välinen suhde voidaan lopulta tiivistää seuraavalla tavalla. Oikeutena lapsen etu tarkoittaa lapsen oikeutta siihen, että lasta koskevassa *päätöksessä* ensisijaisesti harkitaan lapsen etua. Oikeuden toteuttamista voidaan siis vaatia viimekädessä myös tuomioistuimessa. Menettelysääntö puolestaan asettaa vaatimuksen viranomaiselle, että lapsen edun arviointi sisällytetään *päätöksentekoprosessiin*. Lapsen oikeus on siis viranomaisen velvollisuus. Lapsen etu ”muuttuu” periaatteeksi silloin, kun viranomainen suorittaa arvioinnin ja antaa lapsen edulle sisällön yksittäistapauksessa *tulkintaprosessin* kautta. Periaatteen luonnetta arviointitilanteessa korostaa se, että lapsen etu on usein yksi arvioitavista tekijöistä ja äärimmäisissä tilanteissa se voi joutua väistymään muiden intressien tai punnittavien tekijöiden tieltä (esimerkiksi kansallinen turvallisuus tai valtion tarve säännellä maahanmuuttoa).

Lapsen edun kanssa painava ja keskeisin ristiriitoja aiheuttava intressi maasta poistamisesta on valtion halu rajoittaa ja säännellä maahanmuuttoa. Valtioiden suvereenisuus maahanmuuton sääntelyssä ja sen hyväksyttävyys on tunnustettu avoimesti myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuissa, vaikkakin sen painoarvoa suhteessa muihin valtiolle asetettuihin velvoitteisiin on kritisoitu.³⁹⁸ Maahanmuuton yhteydessä lapsen etu näyttäytyykin painoarvoltaan suhteellisen heikkona. Vaikka lapsen edusta onkin esitetty yksittäisiä tulkintoja, että sen soveltamisessa olisi potentiaalia jopa itsenäiseksi suojeluperusteeksi,³⁹⁹ on tällaiset näkemykset vielä kaukana käytännön soveltamistilanteista. Lapsen etua yksinään ei nähdä niin painavana perusteena, että sen johdosta käännättämisestä tulisi pidättäytyä. Tiettyssä maassa asumista – vaikka olosuhteet olisikin siellä paremmat – ei voida yksioikoisesti tulkita olevan lapsen edun mukaiseksi.⁴⁰⁰ Suhtaudun myös epäilevästi siihen, että päinvastaiset tulkinnat saisivat jalan sijaa oikeuskäytännössä tulevaisuudessakaan. Silloin kun kyse

³⁹⁸ Ks. *N. v. Yhdistyneet Kuningaskunnat*, kohta 44. Kyse oli sairaan karkottamisesta Ugandaan. Enemmistö arvioi, että terveydenhuollon tarjoaminen ulkomaalaisille saattaisi aiheuttaa liian suuria rasitteita sopimusvaltiolle. Vrt. eriävä mielipide, kohta 7, jossa kritisoitiin tilastojen valossa väärinymmärrettyä argumenttia, että 3 artiklan rikkomuksen myöntäminen avaisi tulvaportit lääketieteelliseen maahanmuuttoon. Tapaus on saanut osakseen laajaa kritiikkiä. Ks. *McAdam* 2007, s. 308; *Foster* 2007, s. 344–348; *S.J. v. Belgia*, eriävä mielipide, kohta 7; *Mantouvalou* 2009, s. 825–826.

³⁹⁹ Ks. *Pohjoy* 2017, s. 199.

⁴⁰⁰ Esimerkiksi kulttuuriset siteet voivat puoltaa lapsen paluuta alkuperämaahan. Vrt. toisin *van Hooijdonk* 2016, s. 42.

on maahanmuutosta ja sen rajoittamisesta lapsen edusta näyttää tulevan ”vain lapsen etu”, jolla ei ole suurta painoarvoa esimerkiksi maasta poistamisen kannalta. Valtioiden ja viranomaisen näkökulmasta suurempi painoarvo onkin kansainvälisten sopimusten turvaamilla ehdottomilla ihmisoikeuksilla ja niiden kunnioittamisella. Lapsen etu on yksi näistä ihmisoikeuksista, mutta tulkinnanvaraisena periaatteena se joutuu joustamaan maahanmuuton sääntelyn ja valvonnan tieltä. Käytännössä tilanne voikin olla se, että jos maasta poistamisesta pidättäydytään lapsen kohdalla, lopputulosta oletettavasti perustellaan ensisijaisesti muilla tekijöillä. Näitä voisivat olla esimerkiksi lapsen terveydentila tai ajantasainen maatieto ja turvallisuustilanne.

Kun arvioidaan Maahanmuuttoviraston teknistä käännättämistoimenpidettä lapsen edun toteutumisen kannalta, on itsestään selvää, ettei pelkkä tekninen käännättämistoimenpide täytä lapsen oikeuksien sopimuksen 3 artiklan vaatimusta lapsen edun arvioinnista. Merkintää suorittaessaan virnaomainen ei arvioi kirjallisesti lapsen etua käännätettävän lapsen kannalta. Samalla on kuitenkin tiedostettava, että on erittäin todennäköistä, ettei lapsen edun arviointi itsessään johtaisi toisenlaiseen lopputulokseen, vaikka se tehtäisiinkin käännättämisharkinnan yhteydessä. Lapsen etu ei nähtävästi riitä perusteeksi myöntää lapselle oleskeluoikeus maassa. Vaikka lapsen edun arviointi ei muuttaisi käännättämisharkinnan lopputulosta, on lapsen oikeuksien sopimuksen vastaista se, että käännättäminen perustetaan viranomaisen UMA:ään tekemään merkintään, jonka yhteydessä lapsen etu ei tule arvioiduksi asianmukaisella tavalla.⁴⁰¹

Lapsen etua arvioidessa tulee ottaa huomioon lapselle sopimuksessa taatut oikeudet kokonaisuudessaan. Vauvaikäisen lapsen käännättämismenettelyä voidaan arvioida myös laajemmin lapsen oikeuksien sopimuksen kannalta yhdessä lapsen syrjimättömyyden kanssa. Kuten syrjintää käsittelevässä luvussa todettiin, on vastasyntyneen lapsen kohtelu syrjivää, jos hänet käännytetään ilman perusteltua päätöstä ja käännättämisharkintaa. Syrjinnänkielto tekee selväksi yhdessä pakolaislasten asemaa turvaavan 22 artiklan kanssa, ettei valtio voi

⁴⁰¹ Myös Maahanmuuttoviraston uudessa maastapoistamisohjeessa on kiinnitetty huomiota siihen, että lapsen etu tulee viranomaisen toimesta arvioiduksi ja lapsen oikeuksien toteutuminen käännättämisessä turvataan. Maahanmuuttovirasto ei siis käännytä lasta enää pelkän UMA-merkintään perustuen. Ks. *Maahanmuuttovirasto 2019*, s. 41.

rajoittaa tai supistaa lapsen edun arviointia lapsen kansalaisuuden tai maahanmuuttaja statuksen vuoksi.⁴⁰² Kun siis Maahanmuuttoviraston menettelytapaa arvioidaan kokonaisuutena, on se lapsen edun vastainen myös tästä näkökulmasta, koska se on ristiriidassa myös yleissopimuksen 2 artiklan kanssa.

⁴⁰² *Pobjoy* 2017, s. 197. Arvioinnin kannalta ole myöskään merkitystä sillä, onko lapsi erossa vanhemmista vai perheensä yhteydessä. Lapsen oikeuksien komitea on korostanut, että syrjinnänkielto edellyttää aktiivisia toimenpiteitä, joilla varmistetaan tehokkaat ja yhtäläiset mahdollisuudet lapselle nauttia sopimuksen mukaisista oikeuksista. Ks. *CRC/G/GC/14*, kohta 41.

6. JOHTOPÄÄTÖKSET

Tutkielman alussa luotiin lyhyt katsaus ulkomaalaisen lapsen asemaa yleisellä tasolla, missä tuotiin esille lapsen oikeuksiin ja lapsioikeusdiskurssiin liittyviä haasteita. Lapsioikeusdiskurssin yhdeksi erityispiirteeksi todettiin se, ettei lasten subjektiiviset näkemykset useinkaan ole keskustelussa mukana, sillä keskustelua käyvät lähinnä aikuiset. Lapsioikeusdiskurssiin liittyy myöskin toisaalta piirre, että heidän sympaattisen olemuksensa ja avuttoman asemansa vuoksi keskustelussa on vaarana oikeudellisen analyysin ja oikeudellisten argumentoinnin katoaminen. Lapsen oikeuksia koskevia tulkintoja ei tulisi perustaa pelkästään siihen argumenttiin, että kysymyksessä on lapsi. Tämän haasteen olen tunnistanut tutkimusprosessin aikana – erityisesti johtopäätöksiä kirjoittaessa – ja tähän näkökulmaan onkin pyritty kiinnittämään erityistä huomiota.

Lapsioikeusdiskurssin haasteeksi luonnehdittiin myös sitä, miten saada lasten ääni kuuluviin silloin, kun kyse on lapsista, jotka eivät kykene ilmaisemaan näkemyksiään. Silloin kun kaltoin kohtelua kokevat yksilöt saavat itse oman äänensä kuuluviin, on vaikutus kenties kauaskantoisempi, kuin jos heidän puolestaan puhuvat muut henkilöt. Lasten asemaan ja kohteluun liittyvien ongelmakohtien esiin nostaminen jääkin pelkästään lapsen oikeuksien puolustajien varaan. Ongelmakohtien korjaaminen jää puolestaan sen varaan, miten diskurssiin osallistuvat yksittäiset henkilöt tulevat kuulluksi ja huomioduksi. Kaikki nämä piirteet ovat lapsioikeusdiskurssille hyvin ominaisia ja samalla myös pysyväisluonteisia. Tässä tutkielmassa ei kuitenkaan pyritty etsimään ratkaisuja lapsioikeusdiskurssia koskeviin haasteisiin. Teema nostettiin esille lähinnä siksi, että diskurssiin osallistuvan – niin lukijan kuin kirjoittajankin – on tärkeä tiedostaa diskurssiin liittyvät ominaisuudet ja kipukohdat.

Tutkielmassa analysoitiin Maahanmuuttoviraston teknistä käännättämistoimenpidettä hallintomenettelyn näkökulmasta. Tutkielmassa osoitettiin tekninen käännättämistoimenpide hallintomenettelyn kannalta ongelmalliseksi: lapsen käännättämistä ei tulisi perustaa pelkästään tällaiseen viranomaisen *tietojärjestelmään rutiininomaisesti tehtävään lapsen statusta kuvaavaan merkintään*, jolla on kauaskantoisia oikeusvaikutuksia. Tekninen käännättämistoimenpide ei täytä laissa hallintopäätökselle asetettuja vaatimuksia, eikä toteuta lapsen oikeutta perusteltuun päätökseen. Tekniseen käännättämistoimenpiteeseen perustuva käännättäminen vaarantaa myös käännättämispäätöksen jälkeen syntyneen lapsen oikeusturvan,

sillä toimenpiteeseen ei ole käytettävissä tehokkaita oikeussuojakeinoja. Lapsen oikeusturvaa kuitenkin parantaa mahdollisuus hakea lapselle erikseen turvapaikkaa tai oleskelulupaa. Tekninen käännättämistoimenpide osoittautui ongelmalliseksi myös siksi, että viranomainen suorittaa toimenpiteen omasta aloitteestaan ilman asian lainmukaista vireilletuloa ja selvittämättä lapsen yksilöllisiä olosuhteita samassa yhteydessä. Jos Maahanmuuttovirasto ryhtyy toimenpiteisiin oma-aloitteisesti määritelläkseen vastasyntyneen lapsen statusta, tulee tuoloin lapsen yksilölliset olosuhteet tutkia asianmukaisesti, suorittaa ulkomaalaislain mukainen käännättämisharkinta ja asian käsittelyn päättyä lainmukaisesti perusteltuun valituskelpoiseen käännättämispäätökseen.

Maahanmuuttoviraston menettelytapaa tutkittiin myös lapsen perus- ja ihmisoikeuksien valossa. Tutkielmassa osoitettiin, että vauvaikäisen lapsen eriarvoinen kohtelu käännättäminen tilanteessa on syrjivää suhteessa lapsen vanhempiin tai sisaruksiin. Syrjinnän perusteena on lapsen ikä ja vanhempien status. Pelkästään lapsen kannalta epäonninen syntymäajankohta ja ikä eivät ole lainmukaisia perusteita kohdella vanhempien käännättämispäätöksen jälkeen syntynyttä lasta eri tavalla.⁴⁰³ Vaikka ikä ei ole lapsen oikeuksien sopimuksen 2 artiklan mukainen syrjinnän peruste, osoitettiin tutkielmassa erillisen analyysin avulla, että ikä voidaan rinnastaa artiklassa lueteltuihin syrjinnän perusteisiin. Lapsen käännättäminen Maahanmuuttoviraston käännättämistoimenpiteen perusteella osoittautui ongelmalliseksi myös lapsen edun arvioinnin kannalta. Toimenpidettä suorittaessa lapsen etu ei tule arvioiduksi lapsen oikeuksien sopimuksen edellyttämällä tavalla: kattavasti ja yksilöllisesti.

Lasten syrjintään liittyen tutkielmassa nostettiin esille terminologian käyttöön liittyvä ongelma-kohta: puhe syrjinnän periaatteesta hämärtää lapsen oikeuksia koskevassa yleissopimuksessa lapselle taattua oikeutta syrjimättömyyteen. Syrjinnästä puhuttaessa onkin tärkeä tiedostaa, ettei lapsen oikeuksia koskevassa yleissopimuksessa ole säädetty syrjinnän periaatteesta. Sen sijaan lapselle on taattu *oikeus* syrjimättömyyteen, minkä toteutumisesta huolehtiminen on viimekädessä sopimusvaltion velvollisuus.

Lapsen edusta tehtiin useita havaintoja liittyen lapsen käännättämiseen. Käännättämisen yhteydessä lapsen etu on vain yksi käännättämisharkinnassa punnittavista tekijöistä, ja sitä

⁴⁰³ Ks. myös *EOAK 5948/2016*, s. 6.

päädytään usein punnitsemaan vastakkain monien muiden intressien kanssa. Erityisen voimakas, lapsen edun kanssa kilpaileva intressi on valtion tarve säännellä ja rajoittaa maahanmuuttoa. Avoimena ja joustavana periaatteena lapsen etu voikin jäädä toissijaiseksi maasta poistamisen yhteydessä. Samalla on kuitenkin tärkeä tiedostaa, ettei pelkästään lapsen edulla voida perustella lapsen oikeutta pysyä maassa. Lapsen etu ei itsessään luo lapselle oikeuksia, vaan sen tarkoituksena on muovata lapsen oikeuksien sisältöä yksittäistapauksissa. Lapsen etu ei siis itsessään edellytä, että lapselle tulisi tehdä käännättämispäätös ennen maasta poistamista. Lapsen etu on arvioitava kaikissa lasta koskevissa päätöksissä, mutta lapsen etu ei itsessään luo oikeutta perusteltuun päätökseen. Lapsen oikeus perusteltuun päätökseen on toteutettava kuitenkin Suomen perusoikeusjärjestelmän puitteissa. Käännättämispäätöksen merkitys lapsen maasta poistamisesta tuleekin lapselle hänen perus- ja ihmisoikeuksien kokonaisvaltaisesta huomioon ottamisesta. Silloin jos lapsen perus- ja ihmisoikeuksia tai lapsen oikeuksien sopimusta ei kokonaisuutena arvioiden noudateta ja oteta huomioon tai niitä loukataan, ei käännättäminen voi olla lapsen edun mukainen.

Maahanmuuttovirasto ei ole noudattanut käytäntöään teknisestä käännättämistoimenpiteestä enää oikeusasiamiehen ratkaisun jälkeen. Tutkielmaa tehdessä avoin kysymys on kuitenkin ollut, millaiseksi käytäntö tulevaisuudessa muodostuu. Tutkielmalla pyrittiin ottaa osaa Maahanmuuttoviraston käytäntöä koskevaan keskusteluun. Valitettavasti on kuitenkin tunnistettava, ettei tutkielmassa onnistuttu tämän tavoitteen osalta – Maahanmuuttovirasto ehti julkaista uuden maastapoistamisohjeen ennen tutkielman julkaisua. Saadessani ohjeen käyttöni tutkielma oli kuitenkin jo valmis johtopäätöksiä myöten, minkä vuoksi en nähnyt taroituksenmukaiseksi muuttaa tutkimuskysymyksiä ja näkökulmaa aiheeseen. Ennen tutkielman julkaisua uusi ohje pyrittiin ottaa soveltuvin osin huomioon. Ohjeen julkaisun myötä aiheen ajankohtaisuutta on kuitenkin enää vaikea perustella. Onni onnettomuudessa kuitenkin on, että tutkielmassa esitetty antaa edellytykset arvioida Maahanmuuttoviraston uutta käytäntöä lapsen perus- ja ihmisoikeuksien kannalta.

Tutkielmassa esitetään, että turvapaikanhakijavanhempien käännättämispäätöksen jälkeen syntynyttä ei tulisi käännättää ilman perusteltua käännättämispäätöstä. Lainsäädännölliset muutokset voisivat olla liian raskaita vallitsevan käytännön korjaamiseksi. Katsonkin, että Maahanmuuttovirasto voi ulkomaalaislain 148.2 §:n perusteella tehdä lapselle erillisen käänn-

nyttämispäätöksen joko omasta aloitteestaan tai poliisin esityksestä. Poliisin tulisi täytäntöönpanevana viranomaisena keskeyttää täytäntöönpanotoimet, mikäli käännytettävän perheen mukana on lapsi, jota vanhemmille osoitettu käännättämispäätös ei koske. Tällöin poliisin tulee esittää Maahanmuuttovirastolle, että lapselle tulisi tehdä käännättämispäätös ennen perheen käännättämistä. Jos Maahanmuuttovirasto käännättämisen kokonaisharkinnassa toteaa, ettei lasta voida poistaa maasta, tulee Maahanmuuttoviraston ohjeistaa viranomaisen neuvontavelvollisuuden nojalla perhettä hakemaan turvapaikkaa- tai oleskelulupaa. Myös uuden maastapoistamisohjeen mukaan Maahanmuuttovirasto tekee lapselle erillisen käännättämispäätöksen joko omasta aloitteestaan tai poliisin esityksestä.⁴⁰⁴ Tutkielmassa esitetyt johtopäätökset siten antavat vahvan tuen Maahanmuuttoviraston uudelle toimintamallille ja uusi käytäntö lapselle tehtävästä erillisestä käännättämispäätöksestä turvaa lapsen perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen.

Lopuksi on korostettava, että vaikka viranomaisella ei ole lakiin perustuvaa velvoitetta viranpuolesta tehdä käännättämispäätöstä vastasyntyneelle lapselle, on viranomainen velvollinen noudattamaan lapsen oikeuksia koskevaa yleissopimusta, joka kieltää lapsen syrjinnän ja asettaa lapsen edun ensisijaiseksi arviointikriteeriksi. Vaikka ensisijainen vastuu lapsen turvallisuudesta ja hyvinvoinnista on vanhemmilla, perus- ja ihmisoikeudet huomioiden lapsen käännättämistä ei tulisi suorittaa ilman päätöstä pelkästään sillä perusteella, etteivät vanhemmat ole hakeneet lapselle turvapaikkaa tai oleskelulupaa. *Non-refoulement* -kielto ja *jus soli* -normi velvoittavat viranomaista, kun lasta ollaan poistamassa maasta viranomaistoin. Viranomaisen toimintatapa ei ole lapsen edun mukaista silloin, jos lapsen oikeuksien sopimuksen asettamia velvoitteita ei noudateta. Tutkielmassa on erityisesti haluttu peräänkuuluttaa lapsen yksilöllisyyden tunnustamista ja asenneilmapiirin muutosta: vaikka käännättäminen aineellisoikeudellisesti arvioiden olisikin lopulta lapsen edun mukaista, niin ”[children’s] lives and they are not packages to be move around”.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Maahanmuuttovirasto 2019, s. 41 ss.

⁴⁰⁵ *Re S (Minors) (Access; Religious Upbringing) [1992] 2 FLR 313*, s. 321.